Die Grundfragen des Vorvertrages

nach deutschem und österreichischem Recht

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung des juristischen Doktorgrades

der

Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät

der

Friedrich-Wilhelms-Universität zu Breslau

vorgelegt von

Gerd Metzdorf

Wriezen

1939

Druckerei wissenschaftlicher Werke Konrad Triltsch, Würzburg-Aumühle

Gedruckt mit Genehmigung der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät der Universität Breslau.

Berichterstatter: Professor Dr. Hans-Albrecht Fischer.

Tag der mündlichen Prüfung: 1. Juli 1938.

R. UNIV. BIBLIOTHEEK LEIDEN

Meinen Eltern
in Dankbarkeit gewidmet

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41542706_0031

Gliederung.

Seite

Kapitel I: Einleitung, Begriff und Anwendungsgebiet des Vorvertrages, Abgrenzung von anderen Vertragstatbeständen 1—35

§ 1 Einleitung: Der Vorvertrag und seine Stellung im Deutschen und Österreichischen Bürgerlichen Gesetzbuch ..... 1—4

§ 2 Der Begriff und die sogen. Anwendungssphäre des Vorvertrages ..... 4—18

§ 3 Die Abgrenzung des Vorvertrages von anderen Vertragstatbeständen, insbesondere einzelnen sogen. „Anwendungsfällen" des pactum de contrahendo ..... 19—35

1. Das Verlöbnis ..... 21—26

2. Das Wechselversprechen ..... 26—29

3. Der Bezugs- und Lieferungsvertrag ..... 29—35

Kapitel II: Die Existenz des Vorvertrages.

§ 4 Der Vorvertrag bei den sogen. Real- und Konsensualverträgen ..... 36—45

Kapitel III: Die Erfordernisse des Vorvertrages ..... 46—65

§ 5 Der Inhalt des Vorvertrages ..... 46—57

§ 6 Die Form des Vorvertrages ..... 58—65

Kapitel IV: Das Schuldverhältnis aus dem Vorvertrag..... 66—102

§ 7 Die Wirkungen des Vorvertrages ..... 66—80

§ 8 Die Lehre von der clausula rebus sic stantibus ..... 80—93

§ 9 Das Erlöschen des Vorvertrages ..... 93—104

Die Arbeit wurde Ende Februar 1938 abgeschlossen. Die darauffolgende Eingliederung Österreichs in das Deutsche Reich konnte nicht mehr berücksichtigt werden.

Kapitel 1.

Einleitung, Begriff und Anwendungsgebiet des Vorvertrages, Abgrenzung von anderen Vertragstatbeständen.

§ 1: Einleitung: Der Vorvertrag und seine Stellung im Deutschen und Österreichischen Bürgerlichen Gesetzbuch.

A. Deutsches Recht.

Der herkömmlicherweise als „Vorvertrag“ [1]) — pactum de contrahendo — bezeichnete Tatbestand hat im BGB keine Regelung gefunden. Das Gesetz erwähnt den Vorvertrag überhaupt nicht [2]). Die Motive [3]) begründen das Schweigen des Gesetzgebers damit, daß ein „zureichendes Bedürfnis“ für eine allgemeine gesetzliche Normierung des pactum de contrahendo nicht vorgelegen habe.

Es ist müßig, darüber zu streiten, ob die praktische Bedeutung des Vorvertrages für den Rechtsverkehr tatsächlich so gering ist, daß er eine Berücksichtigung im Gesetz nicht verdient hat. Die rechtliche Eigenart dieses Instituts und die aus ihr entspringenden zahlreichen Streitfragen mannigfachster Art, deren Lösung Wissenschaft und Praxis seit Jahrzehnten beschäftigt hat und noch heute beschäftigt, würden eine gesetzgeberische Behandlung zumindest als zweckmäßig erscheinen lassen [4]). Daß der Vorvertrag trotz der Nichterwähnung vom Gesetzgeber selbst als bestimmter Rechtsbegriff vorausgesetzt und für rechtlich möglich und zulässig erachtet worden ist, bestätigen die Motive [5]). Ganz abgesehen hiervon ergibt sich bereits die Zulässigkeit des Vorvertrages aus dem das gesamte BGB beherrschenden

---

[1]) Die Bezeichnung „Vorvertrag“ für den lateinischen Ausdruck pactum de contrahendo (p. d. c.) wurde erstmalig von dem Göttinger Handelsrechtslehrer Thöl verwendet (s. i. Vorw. z. 3. Aufl. d. „Handelsrechts“ 1854).

[2]) Der Entwurf I sprach in § 551 von einem Vorvertrag bei der Leihe, in §§ 681, 682 beim Verpfändungsvertrag.

[3]) Motive Bd. I S. 178.

[4]) Vgl. A. A.: Adler S. 277.

[5]) a. a. O., wo ganz allgemein die Existenzmöglichkeit des Vorvertrages bei Real- und Konsensualverträgen anerkannt wird.

Grundsatz der Vertragsfreiheit, wonach unter der Voraussetzung eines schutzwürdigen Interesses Schuldverträge beliebigen Inhalts begründet werden können, soweit sie nicht gegen gesetzliche Verbote oder die guten Sitten verstoßen.

Während hiernach der Vorvertrag als solcher, nämlich als bestimmte Vertragsgattung, nicht positiv-rechtlich anerkannt ist, hat dagegen ein bedeutsamer und praktisch häufiger Anwendungsfall, das Darlehnsversprechen — pactum de mutuo dando — in § 610 BGB eine spezielle Regelung gefunden.

Dieser Einzelfall, der vom Gesetz mit Rücksicht auf die Anwendbarkeit des Klausula-Grundsatzes besonders erwähnt worden ist, darf jedoch nicht zu rechtlichen Folgerungen über das Wesen und den Begriff des Vorvertrages verwertet werden [6]). Die Sondervorschrift des § 610 sagt weder über den Vorvertrag im allgemeinen noch den Tatbestand des Darlehnsvorvertrages im besonderen irgend etwas, sondern beschränkt sich nach Inhalt und Zweck auf die ausnahmsweise Anerkennung der clausula rebus sic stantibus. Sie verbietet schon mit Rücksicht auf ihren singulären Charakter die Ausweitung zu einem für den Vorvertrag als solchen maßgebenden Rechtsprinzip [7]).

Die begriffliche Fixierung des Vorvertrages und die Bestimmung der für ihn in Betracht kommenden Normen ist vielmehr vom Gesetzgeber ausschließlich der Wissenschaft und Praxis vorbehalten worden [8]).

B. Österreichisches Recht.

Im Gegensatz zum deutschen BGB hat das österreichische Allgemeine Bürgerliche Gesetzbuch vom 1. Juni 1811 (ABGB) in Übereinstimmung mit anderen Kodifikationen [9]) den Vorvertrag besonderen Normen unterworfen. Das ABGB spricht im 17. Hauptstück unter dem Titel: „von Verträgen überhaupt" in einem besonderen Paragraphen von der „Verabredung eines künftigen Vertrages." Der hier maßgebende § 936 lautet:

---

[6]) Die in der Literatur vielfach üblichen Hinweise auf § 610 zur Rechtfertigung der Behauptung, daß das BGB den Vorvertrag positiv anerkannt habe, sind daher nicht korrekt. (Vgl. die Komm. v. Planck und Oertmann Vorbem. zu § 145, Berndt S. 36).

[7]) Vgl. näheres hierüber in § 8 A.

[8]) s. hierüber im folgenden §.

[9]) vgl. z. B. ALR I 11 §§ 654—661; ferner: Sächs. BGB (§§ 1069, 1174, 1161, 1068; Schweizer. Obligat. Recht Art. 22.

„Die Verabredung, künftig erst einen Vertrag schließen zu wollen, ist nur dann verbindlich, wenn sowohl die Zeit der Abschließung als die wesentlichen Stücke des Vertrages bestimmt und die Umstände inzwischen nicht dergestalt verändert worden sind, daß dadurch der ausdrücklich bestimmte oder aus den Umständen hervorleuchtende Zweck vereitelt oder das Zutrauen des einen oder anderen Teiles verloren wird. Überhaupt muß auf die Vollziehung solcher Zusagen längstens in einem Jahr nach dem bedungenen Zeitpunkt gedrungen werden; widrigenfalls ist das Recht erloschen".

Solche Verabredungen sind nach der Auffassung des österreichischen Gesetzgebers „ein dringendes Bedürfnis, um sich in seinen Verhältnissen und zur Erreichung bestimmter Zwecke sicherzustellen." [10]) Eine besondere gesetzliche Regelung schien daher geboten [11]).

Vorbildlich für die gesetzgeberische Behandlung des Vorvertrages im ABGB ist das Allgemeine Landrecht (ALR) gewesen, dessen diesbezügliche Normen in § 936 zum Teil wiederkehren [12]).

Das ABGB erwähnt ferner außer dem allgemeinen Tatbestand des Vorvertrages und dessen Erfordernissen (§ 936) noch einzelne Anwendungsfälle der Verabredung eines künftigen Vertrages und stellt ihre Möglichkeit und Zulässigkeit dadurch außer Zweifel.

Die in Betracht kommenden Bestimmungen sind in den besonderen, die sogen. Realverträge regelnden Paragraphen, enthalten [13]) (§ 957: Verwahrungsvertrag, § 971: Leihe, § 983: Darlehn, § 1368:

---

[10]) vgl. Zeiller zu § 936.

[11]) vgl. die entgegengesetzte Auffassung der Redaktoren des deutschen BGB, Motive a. a. O.

[12]) So insbesondere § 657: Kurze Dauer der Klage, § 656: Einwand der veränderten Umstände. (Clausula rebus sic stantibus.).

[13]) § 957: „Wenn jemand eine fremde Sache in seine Obsorge übernimmt, so entsteht ein Verwahrungsvertrag. Das angenommene Versprechen, eine fremde, noch nicht übergebene Sache in die Obsorge zu nehmen, macht zwar den versprechenden Teil verbindlich; es ist aber noch kein Verwahrungsvertrag."

§ 971: „Wenn jemandem eine unverbrauchbare Sache bloß zum unentgeltlichen Gebrauch auf eine bestimmte Zeit übergeben wird, so entsteht ein Leihvertrag. Der Vertrag, wodurch man jemandem eine Sache zu leihen verspricht, ohne sie zu übergeben, ist zwar verbindlich, aber noch kein Leihvertrag."

§ 983: „Wenn jemandem verbrauchbare Sachen unter der Bedingung übergeben werden, daß er zwar willkürlich darüber verfügen könne, aber nach einer gewissen Zeit ebensoviel von derselben Gattung und Güte zurückgeben soll, so entsteht ein Darlehnsvertrag. Er ist mit dem, obgleich ebenfalls verbindlichen Vertrage (§ 936) ein Darlehen künftig zu geben, nicht zu verwechseln."

§ 1368: „Pfandvertrag heißt derjenige Vertrag, wodurch der Schuldner oder ein Anderer anstatt seiner auf eine Sache dem Gläubiger das Pfandrecht wirklich einräumet, folglich ihm das bewegliche Pfandstück übergibt, oder das unbewegliche durch die Pfandbücher verschreibt. Der Vertrag, ein Pfand übergeben zu wollen, ist noch kein Pfandvertrag."

Pfandvertrag). Das Gesetz stellt dort den einzelnen Verträgen die entsprechenden Versprechensverträge gegenüber und erklärt diese für vollverbindlich. Im Falle des Darlehnsversprechens wird sogar ausdrücklich auf § 936 verwiesen. Es handelt sich in den Fällen der §§ 957 S. 2, 971 S. 2, 983 S. 2, um spezielle Tatbestände des in § 936 zugrunde gelegten Vorvertragsbegriffs [14]).

Hieraus ergibt sich vom Standpunkt des ABGB die praktisch bedeutsame Folgerung, daß die Voraussetzungen und Wirkungen der erwähnten Versprechensverträge nach den Normen des § 936 zu bestimmen sind [15]).

§ 2: Der Begriff und die sogen. Anwendungssphäre des Vorvertrages.

A. Deutsches Recht.

Da der Begriff des Vorvertrages aus dem BGB nicht zu entnehmen ist, ergab sich für die Rechtslehre und Praxis die bedeutsame Aufgabe, den Tatbestand des pactum de contrahendo (p. d. c.) begriffsmäßig zu erfassen und zu bestimmen.

Unter der seit Thöl [1]) herrschend gewordenen Bezeichnung „Vorvertrag" versteht man heute allgemein einen Vertrag, in welchem einer oder jeder der Kontrahenten dem anderen seine Mitwirkung zum Abschluß eines anderen Vertrages, des sogenannten Hauptvertrages, verspricht. Dabei wird das wesentliche Merkmal des Vorvertrages in der Verpflichtung zum Kontrahieren, genauer gesagt zum Abschluß eines obligatorischen Hauptvertrages erblickt [2]).

Diese Umschreibung des Vorvertrages findet sich schon in den Grundlagen bei Thöl [3]) und fußt insbesondere auf den umfassenden

---

[14]) Das Pfandversprechen (§ 1368 S. 2) scheidet als Verabredung eines künftigen Vertrages im Sinne des § 936 aus. So mit Recht die herrschende österreichische Lehre, vgl. hierüber § 2 B.

[15]) vgl. hierzu v. Schey, Obligationsverhältnisse, S. 36 ff, 43 ff, 172 ff, 189 ff, 284 ff und 297 ff.

[1]) Thöl: „Handelsrecht" (§ 246 (1. Aufl. 1854, 6. Aufl. 1879). Dort wird der Vorvertrag umschrieben als ein „Vertrag vor einem Vertrag, d. h. ein Vertrag dahin geschlossen, daß ein Vertrag geschlossen werden soll."

[2]) vgl. insbes.: Bergler S. 15, Berndt S. 10; Enneccerus-Nipperdey § 153 IV; Endemann, Lehrb. I § 106, 2 a. u. Nr. 5; Geller S. 3, Kohler, Lehrb. I § 246 III; Göppert S. 418 ff. Kerstjens S. 6; Steinhagen S. 17.

[3]) Thöl, Handelsrecht, 1. u. 2. Aufl. §§ 58 u. 62.

Arbeiten Degenkolb's [4]), des eigentlichen Begründers der Lehre vom Vorvertrag. Die eigenartige Methodik, welche von diesen Vertretern der älteren Rechtsschule bei der Begriffsbestimmung angewandt wurde, muß jedoch von vornherein befremden. Sowohl Thöl, als auch Degenkolb nehmen die überlieferte gemeinrechtliche Bezeichnung pactum de contrahendo zum Ausgangspunkt ihrer Untersuchungen. Während Thöl [5]) sich mehr darauf beschränkt, für diesen lateinischen Namen eine passende und umfassende deutsche Formulierung zu finden, leitet Degenkolb [6]) aus dem Sprachgebrauch des Ausdrucks p. d. c. wörtlich alle Rechtsfolgen ab, die nach den Gesetzen der Logik daraus zu entnehmen sind. So entwickelt er u. a. aus dem Wort contrahere das für den Vorvertrag angeblich wesentliche Merkmal, nämlich die Verpflichtung zum Vertragsschluß und erläutert deren Inhalt näher dahin, daß sie entweder auf Abgabe einer Antragserklärung oder einer Annahmeerklärung gerichtet sei. Degenkolb gelangt schließlich zu dem Ergebnis, daß in dem eigentümlichen Leistungsgegenstand, dem contrahere, das Einzige liege, was den Vorvertrag von anderen schuldrechtlichen Verträgen unterscheide [7]).

Gegen diese Begriffsableitung spricht zunächst das Bedenken, daß sie auf rein deduktivem Wege auf Grund logischer Wortinterpretation eine blutleere Abstraktion begründet, deren theoretische und praktische Rechtfertigung nachträglich erbracht werden soll. Die Herausstellung einzelner Tatbestandselemente dieses Vorvertragsschemas als spezifischer Merkmale des p. d. c. erscheint willkürlich; denn die bloße Verpflichtung zur Abgabe einer Willenserklärung (Antrags- oder Annahmeerklärung) ist auch Bestandteil anderer Verträge, insbesondere der zahlreichen Kausalverträge (Kauf, Tausch, Schenkung u. a.). Die nachträgliche Einengung dieser Begriffskonstruktion, welche Degenkolb [8]) durch die Beschränkung der sogenannten Anwendungssphäre des Vorvertrages auf das Gebiet der obligatorischen Hauptverträge herbeiführt, ist nur die Folge dieser fehlerhaften Methodik; sie läßt sich mit den von Degenkolb [9]) angegebenen Zweckmäßigkeitsgründen nicht rechtfertigen.

---

[4]) Degenkolb: „Der Begriff des Vorvertrages", Festschrift zu Ehren des Doktorjubiläums des Freiburger Prof. Fritz, 1871 abgedr.: Arch. ziv. Pr. Bd. 71. Daselbst: Neue Beiträge zur Lehre vom Vorvertrag.
[5]) Thöl: a. O.
[6]) Degenkolb a. O. S. 7 ff.
[7]) Degenkolb a. O. S. 51.
[8]) Degenkolb S. 20 ff.
[9]) Degenkolb a. O.

Ebensowenig ist die nur aus logischen Gesichtspunkten abgeleitete Beschränkung des Vorvertragsgegenstandes auf die Abgabe einer Willenserklärung (Konsenserklärung) notwendig und aus dem Wesen des Vorvertrages begründet [10]).

Der Fehler dieses Begriffsbildungsverfahrens liegt darin, daß die für den Vorvertrag abzuleitenden Rechtssätze nach den festgelegten Merkmalen der abstrakten Definition bestimmt werden, während umgekehrt der reale, wirtschaftliche Tatbestand des p. d. c., seine Funktion und Zweckbedeutung im Rechtsverkehr die maßgebenden Rechtssätze hätten liefern müssen.

Der Vorvertragsbegriff Degenkolbs ist in der Folgezeit von der Rechtslehre übernommen und seitdem beibehalten worden [11]). Während jedoch Degenkolb sich mit der sogenannten beschränkten Anwendungssphäre des Vorvertrages zu seiner ursprünglichen Definition, welche den Vorvertrag a priori bei jedem beliebigen Hauptvertrag denkbar erscheinen läßt, in Widerspruch setzt, hat man später allgemein das Erfordernis eines obligatorischen Hauptvertrages in den begrifflichen Tatbestand des Vorvertrages aufgenommen [12]).

Um das Wesen des Vorvertrages zu erfassen und einen im Rechtsverkehr brauchbaren Begriff mit den maßgebenden Rechtssätzen zu finden, muß man von dem konkreten wirtschaftlichen Tatbestand ausgehen, welcher der unter dem Namen p. d. c. überlieferten Rechtserscheinung entspricht. Unter diesem Gesichtspunkt hat insbesondere Roth [13]) versucht, die Eigenart des Vorvertrages aufzuzeigen und ihn als besonderen Geschäftstyp darzustellen. Roth ist im Gegensatz zu der rein deduktiven Methode der älteren Rechtsschule (Degenkolb) von der konkreten, realen Situation ausgegangen, in der sich die Parteien beim Abschluß eines Vorvertrages befinden.

Er untersucht hierbei die Parteiabsichten, den Zweck und die wirtschaftliche Bedeutung eines derartigen Vertrages und gelangt zu dem Ergebnis, daß der Vorvertrag die Vorbereitung, insbesondere das Zustandekommen des Hauptvertrages in bindender Form sichern soll. Die für den Abschluß des p. d. c. charakteristische Situation läßt sich mit Roth [14]) dahin kennzeichnen, daß die Parteien den beab-

---

[10]) vgl. hierüber § 7.
[11]) vgl. Note 2.
[12]) vgl. die Begriffsdefinitionen bei den unter Note 2 zitierten Schriftstellern.
[13]) „Der Vorvertrag, eine zivilistische Studie unter besonderer Berücksichtigung von Art. 22 des Schweizerischen Obligationenrechts", Bern 1928.
[14]) Roth a. O. S. 283 ff.

sichtigten Hauptvertrag aus irgendwelchen tatsächlichen oder rechtlichen Hindernisgründen nicht sofort schließen können und nunmehr eine Bindung eingehen, um das Zustandekommen des künftigen Hauptvertrages zu sichern.

Man wird zur Erforschung des Wesens des Vorvertrages in der Tat von diesem Tatbestand ausgehen müssen; denn für die Übernahme einer Verpflichtung, einen künftigen Vertrag zu schließen, wären Sinn und Zweck nicht denkbar, wenn der Vertragsschluß sogleich erfolgen kann und nach dem Willen der Parteien auch soll [15]); dann steht nichts im Wege, sogleich den Hauptvertrag zu schließen. Die Sachlage beim Vorvertrag kennzeichnet sich gerade durch die Wechselwirkung zwischen dem Bestreben der Parteien nach gegenwärtiger Bindung einerseits und der Notwendigkeit andererseits, den Abschluß des Hauptvertrages hinauszuschieben. Der Vorvertrag ist nur Mittel zum Endzweck. Er hilft lediglich, den Abschluß des Hauptvertrages und die hiermit beabsichtigten rechtlichen und wirtschaftlichen Ziele der Parteien erreichen, indem er das Zustandekommen des Hauptvertrages durch eine mit rechtlichem Zwang realisierbare Bindung gewährleistet. Der Vorvertrag erfüllt somit eine Garantiefunktion. Er ist ein bereits rechtsverbindliches Vorbereitungsstadium auf dem Wege zum Abschluß des Hauptvertrages. Dieser Vorbereitungs- und Sicherungszweck des p. d. c. wird auch in der Vorvertragsliteratur vielfach als Besonderheit des Vorvertrages hervorgehoben, wobei jedoch die rechtlichen Folgerungen hieraus nicht gezogen werden [16]). Dem entspricht auch die systematische Behandlung des Vorvertrages in der Lehre vom Vertragsschluß im Zusammenhang mit den Vorbereitungshandlungen. (Traktaten und Punktationen) [17]).

Das gekennzeichnete eigentümliche Verhältnis des Vorvertrages zum Hauptvertrag ergibt eine weitere Besonderheit des Vorvertrages bei der Betrachtung seiner Causa. Das Kausaproblem hat gerade beim Vorvertrag immer wieder Schwierigkeiten bereitet [18]). Es hat erhebliche praktische Bedeutung, weil die für den Vorvertrag maßgebenden

---

15) Letzteres übersieht Roth, welcher nur den Fall im Auge hat, daß der Hauptvertrag nicht sofort geschlossen werden k a n n ; denn es ist für den Vorvertrag ebenso Raum da, wo der Hauptvertrag zwar sofort wirksam geschlossen werden könnte, die Parteien dies aber trotzdem nicht sogleich, sondern erst später tun w o l l e n.

16) vgl. Windscheid II § 310 Anm. 12, Matthias, Lehrb. § 85, v. Tuhr, Allg. Teil II 1 § 62 VIII, Dernburg, Pand. II § 266.

17) vgl. die Lehrbücher und Komm. Vorbem. § 145 BGB.

18) vgl. hierzu: Stintzing S. 8, 54 ff, Riezler, (Staudinger, Vorb. 20 vor § 145, S. 754 ff.) Scholtze S. 7 ff, Roth 283 ff.

Rechtssätze hiervon betroffen werden. Ist der Vorvertrag seiner Natur nach abstrakt, so fragt sich, ob er nicht als abstraktes Schuldversprechen zur Wirksamkeit der Form des § 780 bedarf und ferner, ob er nicht nach § 812 kondizierbar ist[19]). Der Kläger könnte sich dann lediglich auf den Abschluß des Vorvertrages berufen, während der Beklagte beweisen müßte, daß ein Rechtsgrund nicht vorhanden sei, wenn er die Kondiktionseinrede geltend macht.

Der Degenkolb'sche Vorvertragsbegriff gibt begreiflicherweise auf die Frage nach der causa keine Antwort, da er ja den Rechtszweck, die Parteiabsichten und die wirtschaftliche Funktion des Vorvertrages überhaupt nicht berücksichtigt. Mit Recht weist Stintzing[20]) auf die abstrakte Natur dieser Vorvertragskonstruktion hin. Folgerichtig hält Endemann[21]) vom Standpunkt des Degenkolb'schen Begriffes den Vorvertrag für ein abstraktes Schuldversprechen, welches ohne die Form des § 780 unwirksam sei. Von anderer Seite[22]) wird dagegen behauptet, daß der Vorvertrag eine eigene, vom Hauptvertrag ganz unabhängige causa habe. Schließlich vertritt in der neueren Literatur insbesondere Roth[23]) die Auffassung, daß der Vorvertrag keine eigene causa habe, sondern letztere dem Hauptvertrag entlehne.

Wenn man davon ausgeht, daß der Zweck des Vorvertrages sich in der Sicherung des gegenwärtig noch nicht möglichen oder nicht gewollten Hauptvertragsschlusses erschöpft, so ergibt sich für die Beantwortung der Kausafrage folgendes:

Die Parteien wollen den Vorvertrag oder genauer gesagt die aus ihm entspringende Verpflichtung zum Abschluß des Hauptvertrages nicht um ihrer selbst willen als endgültig erstrebte Rechtswirkung und Endzweck; sie beabsichtigen vielmehr, ihre eigentlichen wirtschaft-

---

[19]) Z. B. A und B vereinbaren mündlich, daß A bei ihrem nächsten Zusammentreffen mit C ein schriftliches Schuldanerkenntnis über eine Forderung von 1 000.— RM zugunsten des B. ausstellen soll; B will diese Forderung an C abtreten und gleichzeitig dadurch von dem kapitalkräftigen C sofort Kredit eingeräumt erhalten. A hat andererseits eine streitige Forderung gegen C und beabsichtigt, später mit dieser Forderung gegenüber der Forderung des C aufgrund der Abtretung aufzurechnen.

Hier würde die zwischen A und B getroffenen Vorvereinbarung der Form des § 781 bedürfen. Ferner könnte A mangels eines Schuldgrundes sein Versprechen bezüglich des Schuldanerkenntnisses jederzeit kondizieren und den Abschluß des Schuldanerkenntnisvertrages verweigern. Ebenso kann A die Kondiktionseinrede auch nach der Vornahme des Anerkenntnisses gegenüber der hierdurch begründeten (abstrakten) Forderung erheben. — —

[20]) Stintzing a. O., ebenso RG 48/136.

[21]) Lehrbuch Bd. II 3 S. 611 Anm. 8.

[22]) Stintzing S. 47.

[23]) Roth S. 284 ff, vgl. auch Scholtze S. 7 ff.

lichen Ziele erst durch den Hauptvertrag und das diesem entsprechende Rechtsverhältnis zu erreichen. Der Vorvertrag wird nur als Mittel und notwendigste Übel in den Kauf genommen, um das Zustandekommen des Hauptvertrages rechtsgültig zu sichern. Die Verpflichtung aus dem Vorvertrag wird demgemäß nicht als selbständig zu wertende Leistung, sondern gerade im Hinblick auf die Leistungen aus dem Hauptvertragsverhältnis übernommen.

Es zeigt sich somit eine kausale Abhängigkeit des Vorvertrages vom Hauptvertrag in der Weise, daß der Vorvertrag den Rechtsgrund des Hauptvertrages ebenfalls in sich trägt. Andererseits darf aber nicht übersehen werden, daß außer diesen kausalen Verknüpfung zwischen Hauptvertrag und Vorvertrag dem letzteren noch ein besonderer Zweck, nämlich die Sicherung des Hauptvertragsschlusses eigen ist. Hierbei handelt es sich keineswegs bloß um ein unbeachtliches Parteimotiv, sondern um eine rechtserhebliche, zum Inhalt des Vorvertrages gehörige Zweckvereinbarung. Dieser Sicherungs- und Garantiezweck ist eine Besonderheit des Vorvertrages. Der Vorvertrag ist daher ähnlich wie die Bürgschaft eine besondere Art der Sicherungsgeschäfte, indem er zwar nicht die Erfüllung einer Forderung auf Geld oder eine geldeswerte Leistung, sondern den Abschluß eines Vertrages garantieren soll.

Der Vorvertrag ist nach alledem kein abstraktes Schuldversprechen. Zunächst ruhen die aus ihm entspringenden Verpflichtungen auf dem Rechtsgrund des Hauptvertrages, dessen Kausalverhältnis auch für den Vorvertrag maßgebend ist. Stellt sich heraus, daß der Hauptvertrag keine causa hat, weil diese von vornherein fehlte oder nachträglich weggefallen ist, so entbehrt der Vorvertrag dennoch nicht einer causa. Ihm liegt stets der Sicherungszweck zugrunde, welcher Bestandteil der Parteivereinbarungen ist [24]). Die Forderung aus dem Vorvertrag ist somit nicht kondizierbar. Der Vorvertrag stellt sich hiernach als ein Vertragstypus mit besonders gearteter causa dar.

Aus dem dargelegten Wesen des Vorvertrages ergibt sich für den rechtlichen Tatbestand und die Abgrenzung von anderen Rechtserscheinungen folgendes:

1. Der Vorvertrag ist ein schuldrechtlicher Vertrag. Er unterscheidet sich durch seinen rechtsverbindlichen Charakter von allen übrigen

---

[24]) Vom Vorvertrag zu unterscheiden ist die bloße Zusage, eine Konsenserklärung künftig abzugeben, ohne daß gleichzeitig damit der Zweck der Sicherung eines Vertragsschlusses verfolgt wird; in solchem Falle liegt nur ein abstraktes Schuldversprechen vor.

Vorbereitungshandlungen eines Vertragsschlusses (Traktaten, Punktationen), mit denen er lediglich der Funktion nach verwandt ist. Ein bindender Vorvertrag liegt aber nur dann vor, wenn sich die Parteien über alle wesentlichen Punkte, über die auch nur nach der Erklärung einer Partei eine Einigung erzielt werden soll, geeinigt haben. (§§ 154, 155); andernfalls besteht nur ein unverbindlicher Meinungsaustausch der Parteien.

2. Leistungsgegenstand des Vorvertrages ist die einseitig oder wechselseitige Verpflichtung zum Abschluß eines anderen Vertrages unter denselben Parteien. Die Beschränkung des Vorvertragstatbestandes auf nur einseitige Bindungen zum Vertragschluß (sogenannte „Vorverpflichtungen") die von einzelnen Schriftstellern gefordert wird [25]), ist mit der herrschenden Lehre abzulehnen. Dieser Auffassung liegt die irrtümliche Annahme zugrunde, daß der zweiseitige Vorvertrag stets mit dem Hauptvertrag zusammenfalle, was keineswegs der Fall ist [26]).
   Der Vertrag, durch den sich jemand verpflichtet, mit einem Dritten zu kontrahieren (das sogen. p. d. c. cum tertio) gehört dagegen trotz äußerlich teilweise gemeinsamer Merkmale nicht zum Tatbestand des Vorvertrages. Auch hier ergibt sich schon aus dem spezifischen Zweck des Vorvertrages, nämlich der Sicherung des Hauptvertragsschlusses, die Wesensverschiedenheit. Das p. d. c. cum tertio ist kein lediglich vorbereitender Rechtsakt im Rahmen der Parteiverhandlungen über die Anbahnung eines künftigen Vertragsschlusses, sondern bereits selbst ein Hauptvertrag, welcher selbständige wirtschaftliche Zwecke verfolgt. Es soll nicht den künftigen Vertragsschluß mit dem Dritten sichern; denn der Dritte wird ja in keiner Weise gebunden [27]). Die Parteien betrachten bereits die Verpflichtung zum Vertragsschluß mit dem Dritten als eine selbständige wirtschaftliche Leistung, als gewollten ökonomischen Enderfolg. Solche Verträge werden daher rechtlich unter dem Gesichtspunkt des Auftrags, des Geschäftsbesorgungsvertrages oder des Kommissionsgeschäfts zu beurteilen sein [28]).

3. Die Verpflichtung aus dem Vorvertrag hat die Mitwirkung zum Abschluß eines anderen Vertrages zum Inhalt. Die Ausdeh-

---

[25]) Stintzing, S. 7 ff, Staudinger (Riezler) Vorbem. 8 zu § 145, Bechmann, S. 283.

[26]) vgl. § 4 S. 39.

[27]) Bei Identität der Parteien wird dagegen der andere Teil regelmäßig ebenfalls gebunden; anders beim einseitigen Vorvertrag.

[28]) vgl. auch: Göppert S. 405 und Kress S. 98.

nung des Vorvertragstatbestandes auf Verträge zu beliebigen Arten von Rechtsakten, insbesondere auch zu einseitigen Rechtsgeschäften, die namentlich Roth [29]) für den Begriff des „Geschäftserrichtungsvertrages" verwendet, ist weder mit dem herkömmlichen Tatbestand des p. d. c. vereinbar noch durch ein praktisches Bedürfnis zu rechtfertigen. Gerade der Rechtstatbestand des Vertrages, welcher das Zusammenwirken mindestens zweier Personen voraussetzt, ist für eine Vorbereitung, wie sie der Vorvertrag bezweckt, vorzugsweise geeignet. Hier allein ist die Mitwirkung des Gegenkontrahenten zur Herbeiführung des Rechtserfolges notwendig und mindestens für einen Vertragsteil das Bedürfnis gerechtfertigt, sich die Willensentschließung des Gegners zu sichern. Bei einseitigen Rechtsgeschäften fällt dies alles fort. Wer verspricht, einen einseitigen Rechtsakt vorzunehmen, z. B. eine Kündigung oder einen Rücktritt zu erklären oder eine Stiftung zu errichten, erstrebt nicht den Zweck der Sicherung dieses Rechtsgeschäfts — denn er ist ja in der Lage das Rechtsgeschäft jederzeit ohne Hinzuziehung eines anderen vorzunehmen — sondern andere wirtschaftliche Zwecke. Ein derartiges Versprechen ist kein Vorvertrag, sondern ein Hauptvertrag.

Weiterhin fragt sich, ob die Verpflichtung aus dem Vorvertrag den Abschluß eines bestimmt gearteten, insbesondere obligatorischen Hauptvertrages zum Gegenstand haben muß, oder sich auf alle Gattungen von Hauptverträgen erstrecken kann. Seit Degenkolb [30]) spricht man insoweit von der sogenannten Anwendungssphäre des Vorvertrages. Richtiger gesehen handelt es sich aber um eine Frage des begrifflichen Tatbestandes des Vorvertrages. Die hier vertretene Auffassung vom Wesen des Vorvertrages läßt eine Beschränkung auf das Gebiet des Obligationenrechts nicht deshalb notwendig erscheinen, um den Vorvertrag von „der weiten Masse der mannigfachen Kausalverträge zu unterscheiden." [31]) Es ist vielmehr zu prüfen, ob und in welchem Umfange für einen wirksamen Vorvertrag bei dinglichen, familien- und erbrechtlichen Hauptverträgen überhaupt Raum ist.

---

[29]) S. 286 ff.
[30]) S. 20 ff.
[31]) Göppert S. 404, Crome, System II S. 166 (1905), Kerstiens S. 5 ff, Berndt Seite 11.

a) Dingliche Verträge.

Die dinglichen Verträge (z. B. die Einigung über den Eigentumsübergang) sind von der Rechtsordnung als abstrakte Verfügungsgeschäfte ausgestaltet, welche allein oder in Verbindung mit realen Erfordernissen (z. B. Übergabe) unmittelbar eine Rechtsänderung herbeiführen. Sie haben eine sofortige Güterverschiebung zur Folge, ergeben also wirtschaftlich stets einen Enderfolg. Das Erfordernis einer Konsenserklärung läßt sie nur im juristisch-technischen Sinne als Vertrag erscheinen. Im Geschäftsverkehr werden dagegen derartige Rechtsänderungen nicht als Verträge im eigentlichen Sinne, welche eine Grundlage für die Abwicklung der Parteibeziehungen schaffen sollen, sondern als Erfüllungstatsachen gewertet.

Der Vorvertrag soll nun nicht eine unmittelbare Rechtsänderung und Güterverschiebung einleiten, die infolge ihres Charakters als abstrakter Verfügung ohne einen Kausalvertrag gar nicht fortbestehen kann (§ 812), sondern er soll nach dem Willen der Parteien eine künftige Vertragsgrundlage herbeiführen und sicherstellen; auf dieser sollen dann die dinglichen Erfüllungsgeschäfte vollzogen werden. Der künftige Hauptvertrag erfährt eine bestimmte inhaltliche Ausgestaltung durch den Parteiwillen. Beim dinglichen Konsens ist dagegen hierfür überhaupt kein Raum, er stellt einen rein juristischen Tatbestand dar.

Der dingliche Vertrag setzt stets eine Kausalvereinbarung voraus. Der Mangel einer solchen macht ihn hinfällig (§ 812). Würde man juristisch einen Vorvertrag zu einem dinglichen Verfügungsvertrag zulassen, so würde letzterer mangels einer causa kondizierbar sein; denn aus dem Vorvertrag vermag der dingliche Konsens die causa nicht zu entnehmen.

Der sogenannte „Vorvertrag" zu dinglichen Verträgen, insbesondere zur Einigung ist entweder selbst bereits der dingliche Vertrag, d. h. er enthält schon die dinglichen Konsenserklärungen, so daß die Rechtsänderung nicht noch einmal vorgenommen werden kann, oder aber er ist das Grundgeschäft (Hauptvertrag), auf dessen Rechtsbasis die dinglichen Verfügungen im Rahmen des von den Parteien erstrebten wirtschaftlichen Gesamterfolges vollzogen werden [32]).

Für den Vorvertrag ist hiernach bei dinglichen Verträgen kein Raum.

---

[32]) Über die Abgrenzung dieser Kausalverträge vom Vorvertrag vgl. § 3, S. 19, 20.

b) Familienrechtliche Verträge.

Der Vorvertrag zu einem familienrechtlichen Hauptvertrag ist schon deshalb abzulehnen, weil der Zwang zur Eingehung solcher Verträge in jedem Falle als Verstoß gegen die guten Sitten anzusehen ist. (§ 138). Die Bindung aus dem Vorvertrag würde dem Verpflichteten die Handlungsfreiheit bei seinen persönlichen Entschließungen rauben, die hier überwiegend sittlichen Charakter tragen und aus freier Überzeugung und bestem Gewissen getroffen werden sollen. Es müssen der Ehegatte, der Vater, die Adoptiveltern, der zu Adoptierende jederzeit frei darüber entscheiden können, ob sie die beabsichtigte familenrechtliche Bindung mit ihrer umfassenden Tragweite in sittlicher, personen- und vermögensrechtlicher Beziehung eingehen wollen oder nicht. Unseren heutigen Anschauungen über das sittliche Verantwortungsbewußtsein des Einzelnen gegenüber Familie und Volk widerspricht es, Familienrechtsangelegenheiten, die naturgemäß in ihren Wirkungen über den Rechtskreis des einzelnen weit hinausgehen und die Gemeinschaft angehen, zum Gegenstand privater Abmachungen mit dem Ergebnis zu machen, daß ein anderer (nämlich der aus dem Vorvertrag Berechtigte) nach Belieben den gewünschten familienrechtlichen Zustand erzwingen kann.

Der Vorvertrag zu einem Adoptivvertrag ist daher ebenso sittenwidrig und nichtig, wie der Vertrag, durch den sich jemand verpflichtet, sich an Kindesstatt annehmen zu lassen [33]).

Rechtsgültige Vorverträge zu familienrechtlichen Hauptverträgen können hiernach nicht anerkannt werden.

c. Erbrechtliche Verträge.

Die Vorverträge zu erbrechtlichen Hauptverträgen scheiden schon deshalb aus, weil sie kraft positiver Gesetzesbestimmung nichtig sind. (§ 2302) [34]).

Der Vorvertrag ist hiernach praktisch bei dinglichen, familen- und erbrechtlichen Verträgen ausgeschlossen. Als möglicher Leistungsgegenstand des Vorvertrages kommt somit nur der Abschluß eines obligatorischen Hauptvertrages in Betracht.

4. Ein weiteres Merkmal des Vorvertrages ist die Vereinbarung der Parteien über den Sicherungszweck [35]). Die Verpflichtung zum

---

[33]) Vgl. Engelmann-Staudinger zu § 1741 Erl. IV., Planck, Bem. V zu § 1741 gegen Opet, d. Familienrecht des BGB (1908) tBem. III 1a zu § 1741.

[34]) vgl. hierzu Staudinger-Herzfelder § 2302, RG 75/35.

[35]) vgl. S. 9.

Abschluß des Hauptvertrages muß in der Rechtsabsicht übernommen sein, das Zustandekommen des Hauptvertragsschlusses hierdurch zu sichern. Dieser Sicherungszweck ist rechtserheblicher Inhalt des Vorvertrages. Damit kennzeichnet sich das p. d. c. als ein Sicherungsvertrag eigener Art[36]).

Der Vorvertrag ist nach alledem ein Vertrag, in welchem sich eine oder jede Vertragspartei zum Abschluß eines obligatorischen Vertrages (Hauptvertrages) mit dem anderen Kontrahenten verpflichtet, um das rechtsgültige Zustandekommen des beabsichtigten Hauptvertrages zu sichern.

B. Österreichisches Recht.

Für das österreichische Recht ergibt sich der Begriff des Vorvertrages unmittelbar aus dem Gesetz. Das ABGB umschreibt den Vorvertrag als „Verabredung, künftig erst einen Vertrag schließen zu wollen" (§ 936).

In Anlehnung hieran wird der Vorvertrag von der österreichischen Rechtslehre allgemein charakterisiert als ein Vertrag, welcher zum Abschluß eines künftigen Vertrages (des sogen. Hauptvertrages) verpflichtet, und seine Besonderheit einerseits in dem Vertragscharakter, andererseits im Leistungsgegenstand, der Verpflichtung zur Abgabe einer Vertragsschlußerklärung erblickt[37]).

Daraus ergibt sich zunächst die Abgrenzung des Vorvertrages von den sogenannten Vorbereitungshandlungen (Vorverhandlungen, Traktaten), denen im Gegensatz zum Vorvertrag die Verbindlichkeit fehlt, sodann die Unterscheidung von Rechtserscheinungen mit anders geartetem Leistungsgegenstand. In Betracht kommt nach österreichischem Recht hier vornehmlich die in § 885 ABGB geregelte Punktation[38]), welche mit der gewöhnlich hierunter verstandenen unverbindlichen Vorverhandlung nur den Namen gemein hat; denn sie stellt sich bereits als ein im wesentlichen fertiger Vertrag (Hauptvertrag),

---

[36]) Ähnlich charakterisiert Oegg in RGRK Erl. 2. Vorbem. zu § 145 den Vorvertrag als einen Vertrag, „der sich darauf beschränkt, vorerst nur den demnächstigen Abschluß eines alsdann auf den Endzweck gerichteten Vertrages zu sichern."

[37]) Ehrenzweig § 313 IV; Kirchstetter-Maitisch zu § 936; Stubenrauch zu § 936; Krasnopolski III § 15 I; Pfaff, Festschrift S. 341 ff, Mayr, Lehrbuch § 313 1; Hasenöhrl I § 52 1, S. 669, Geller, Z. Bl. S. 142 ff; G. Schnitzer in Komm. von Klang zu § 936.

[38]) § 885 lautet: „Ist zwar noch nicht die förmliche Urkunde, aber doch ein Aufsatz über die Hauptpunkte errichtet und von den Parteien unterfertigt worden, (Punktation) so gründet auch schon ein solcher Aufsatz diejenigen Rechte und Verbindlichkeiten, welche darin ausgedrückt sind."

als „Aufsatz des bereits geschlossenen Vertrages" dar[39]). Die besondere qualifizierte Niederschrift des abzuschließenden Vertrages erzeugt hier kraft Gesetzes bereits eine dem fertigen Vertrage entsprechende Bindung. Der Vertrag wird demnach schon vor der Formerfüllung im Zweifel für verbindlich erklärt, sofern nur ein die Hauptpunkte enthaltender Aufsatz errichtet ist[40]). Eine solche Punktation ist hiernach ein bereits fertiger Hauptvertrag, dessen Verbindlichkeit unter bestimmten Voraussetzungen vorweg genommen ist, und der die ihm entsprechenden Leistungsansprüche sofort begründet. Er ist von der Verabredung eines künftigen Vertrages im Sinne des § 936 scharf abzugrenzen[41]).

Als weiteres Begriffsmerkmal des Vorvertrages hebt die österreichische Rechtslehre in getreuer Anlehnung an die herrschende Lehre die Verpflichtung auf ein obligatorisches contrahere hervor[42]).

Sie begründet dies ebenfalls mit den bereits gewürdigten unzutreffenden Gesichtspunkten[43]).

Das Wesen des Vorvertrages ergibt sich für das östereichische Recht aus dem Zweck und Inhalt der Norm des § 936. Die Verabredung eines künftigen Vertrages soll nach der Absicht des österreichischen Gesetzgebers[44]) „einem dringlichen Bedürfnis dienen, um sich in seinen Verhältnissen und zu Erreichung bestimmter Zwecke sicherzustellen." Sie bezweckt demgemäß lediglich die Vorbereitung eines künftigen Vertragsschlusses, dessen Zustandekommen durch die Bindung aus dem Vorvertrag gesichert werden soll. Diese präparatorische Funktion der Vertragsverabredung ergibt sich auch deutlich aus den einzelnen Bestimmungen des § 936, insbesondere über die Zeit des Hauptvertragsabschlusses und das Erlöschen der verbindlichen Kraft der Vereinbarung[45]).

---

[39]) Zur Abgrenzung der Punktation vom Vorvertrag vgl. insbes. Geller Z. Bl. I, S. 133 ff. Ehrenzweig § 313 IV u. V. Gschnitzer in Komm. von Klang zu § 885.

[40]) Anders die Regelung im deutschen BGB, vgl. § 154.

[41]) So auch die herrschende österreichische Lehre, vgl. Lit. zu Note 35 u. 37. Unklar Gschnitzer a. O. zu § 936 5d, insofern, als er einmal die Punktation als Spezialfall des „Vorvertrages" ihrem Tatbestand nach ansieht, sodann aber einen Unterschied vom Vorvertrag hinsichtlich ihrer Rechtsfolgen anerkennt und lediglich die analoge Anwendung des § 936 zulassen will.

[42]) So lehren die meisten österreichischen Schriftsteller, daß von einem Vorvertrag nur da die Rede sein könne, wo der Hauptvertrag schuldrechtlichen Charakter habe. Ehrenzweig a. O.; Krasnopolski S. 74; Pfaff S. 341 und 351. Abweichend Gschnitzer in Klang.Komm. zu § 936, 4, welcher den Vorvertrag zu allen Arten von Hauptverträgen bejaht.

[43]) Vgl. S. 4, 5.

[44]) Vgl. die insoweit maßgebenden Ausführungen von Zeiller zu § 936.

[45]) Vgl. Gesetzestext S. 3.

Die Verabredung eines künftigen Vertrages im Sinne des § 936 kennzeichnet sich somit durch ihre Sicherungs- und Garantiefunktion; sie ist nichts weiter, als der „Vorläufer" und Garant des Hauptvertrages und entspricht damit nach Zweck und wirtschaftlicher Bedeutung dem Vorvertragstatbestand des deutschen Rechts.

Im einzelnen ergeben sich aus § 936 für den Vorvertrag folgende Begriffserfordernisse:

1. Es muß eine bindende Vereinbarung, d. h. ein vollwirksam geschlossener, selbständiger Vertrag vorliegen. Unverbindliche Vorverhandlungen stellen keine Verabredung im Sinne des § 936 dar, sondern sind von ihr scharf zu trennen [46]). Die Verabredung darf ferner nicht bloß Bestandteil, d. h. Nebenabrede eines anderen Vertrages sein, sondern muß die Rechtsnatur eines selbständigen Vertrages besitzen [47]). Das ergibt unzweifelhaft schon die gesamte Regelung des § 936 [48]).
2. Gegenstand der Verabredung ist die Verpflichtung zum künftigen Abschluß eines Vertrages des sogenannten Hauptvertrages. Die Errichtung einseitiger Rechtsgeschäfte kann nicht Gegenstand des Vorvertrages sein, wie schon der klare Wortlaut des § 936 ergibt. Diese Verpflichtung kann sowohl einseitig als auch von beiden Parteien übernommen werden. Eine Beschränkung auf die eine oder die andere Art der Bindung ist aus § 936 nicht zu entnehmen [49]).

   Welcher Gattung von Verträgen der Hauptvertrag angehören muß, ergibt § 936 nicht [50]). Hieraus ist aber kein Argument dafür zu entnehmen, daß der Vorvertrag bei allen Arten von Hauptverträgen in Betracht kommt [51]). Es kann sich nur um die Frage

---

[46]) Vgl. S. 14.

[47]) Dieses Erfordernis wird zutreffend insbesondere in Jur. Bl. Nr. 3 und von Pfaff a. O. S. 341 hervorgehoben. Die clausula rebus sic stantibus des § 936 spricht ebenfalls hierfür, da sie einen selbständigen Vertrag voraussetzt. Aus dem Erfordernis eines selbständigen Vertrages ergibt sich insbesondere auch die klare Unterscheidung des Vorvertrages von der bloßen Nebenberedung des Wiederkaufs (§ 1068) so schon zutreffend." Die Entscheidung des Oberst. Gerichtshofes vom 15. 4. 1875, Gl. U. 5691. Das Rückkaufs- und Wiederkaufsrecht sowie die Option dürften richtiger Ansicht nach als sogenannte Gestaltungsrechte aufzufassen sein, welche dem Berechtigten die Macht geben, durch seine einseitige Willenserklärung das Schuldverhältnis ins Leben zu rufen. Vgl. auch Ehrenzweig § 313, 4c und Gschnitzer (Klang) zu § 936 Erl. 3b.

[48]) vgl. insbes. die cl. r. s. st., § 936.

[49]) So auch die herrschende österreichische Lehre, vgl. Gschnitzer (Klang) zu § 936 und insbes. Ehrenzweig § 313, 4.

[50]) vgl. S. 3.

[51]) So unrichtig Stubenrauch § 936 Erl. 2, Gschnitzer (Klang) zu § 936 Erl. 4, welcher den Vorvertrag bei allen Arten von Hauptverträgen bejaht, ferner Steinlechner, Grünhutz-Zeit. 26, 205 ff, wo der Vorvertrag zum dinglichen Pfand-

handeln, ob die Vertragsverabredung ihrem Wesen nach unter Berücksichtigung der positiven Gesetzesbestimmungen bei dinglichen, familien- und erbrechtlichen Hauptverträgen anwendbar und zulässig ist. Das ist aber auch für das österreichische Recht zu verneinen.

Die dinglichen Verträge, die im österreichischen Recht ebenfalls als abstrakte Verfügungsgeschäfte und unmittelbare Rechtsänderungsakte ausgestaltet sind [52]), eignen sich schon ihrer Natur nach nicht als Hauptverträge eines Vorvertrages, worauf schon hingewiesen wurde.

Die Formulierung des § 1368 Satz 2 bezüglich des Pfandversprechens, welche der Umschreibung der echten Vorverträge zur Leihe, Verwahrung und zum Darlehn wörtlich entspricht [53]), besagt nichts; denn es ist eine lediglich aus dem Zweck, der Rechtsnatur und dem Begriff zu beantwortende Frage, ob der Vorvertrag bei einem dinglichen Hauptvertrag denkbar ist, welche der Gesetzgeber in § 1368 keineswegs zu Gunsten des Pfandversprechens entscheiden wollte. Abgesehen von der rein juristischen Vertragskonstruktion der dinglichen Verfügungsgeschäfte spricht auch die Regelung des § 936, insbesondere über die „wesentlichen Stücke" des Hauptvertrages [54]) gegen die Anwendung des Vorvertrages auf dingliche Verträge; denn diese Hervorhebung paßt garnicht auf die abstrakten dinglichen Konsenserklärungen, die ja für bestimmte (wesentliche oder unwesentliche) Vertragspunkte keinen Raum bieten.

Die Verpflichtungsverträge zu dinglichen Erfüllungs- und Verfügungsgeschäften (z. B. zur Übereignung oder Verpfändung einer Sache, zur Übertragung einer Forderung) stellen somit niemals Verabredungen eines künftigen Vertrages im Sinne des § 936 dar [55]).

Für Vorverträge zu familienrechtlichen und erbrechtlichen Verträgen gilt dasselbe, was bereits für das deutsche Recht hierüber gesagt worden ist; sie sind auch vom Standpunkt des österreichi-

---

vertrag bejaht wird, Bezgl. des Verlöbnisses vgl. § 3 B. s. auch: E. 8. VII. 62, G.U. 1539 (Vorvertrag zur Adoption) E. 28. X. 96, Gl. U. 15887; E. 14. II. 94. Gl. U. 15018 (Vorvertrag zu Ehepakten.).

[52]) vgl. z. B. §§ 423, 424 (Übereignung) oder § 1368 (S. 5): Verpfändung.

[53]) vgl. S. 3.

[54]) vgl. hierüber § 5.

[55]) So auch im Ergebnis, wenn auch mit unzutreffender Begründung: Ehren-

schen Rechtes nichtig [56]), weil die Entschließung über den Hauptvertrag von moralwegen frei sein muß [57]).

Das Anwendungsgebiet der Verabredung eines künftigen Vertrages im Sinne des § 936 ist hiernach begrenzt. Es bleibt nur der schuldrechtliche Vertrag als möglicher Leistungsgegenstand des Vorvertrages übrig [58]).

3. Weiterhin ist erforderlich, daß der künftige Hauptvertrag zwischen denselben Parteien geschlossen wird, welche die Verabredung getroffen haben [59]). Das p. d. c. cum tertio scheidet schon nach dem klaren Wortlaut des § 936 aus dem Tatbestand der Vertragsverabredung aus [60]).

4. Schließlich ist für die Verabredung des § 936 wesentlich, daß die Parteien das Zustandekommen des Hauptvertrages hierdurch rechtsgültig sichern wollen.

Diese Zweckvereinbarung ist ein notwendiger Rechtsbestandteil des Vertragsschlußversprechens im Sinne des § 936 [61]).

Der Tatbestand des Vorvertrages im Sinne des § 936 ABGB stimmt hiernach in allen wesentlichen Punkten mit dem für das deutsche Recht entwickelten Begriff überein.

Damit ist die Möglichkeit gegeben, die von der deutschen Rechtslehre und Praxis entwickelten Rechtsgrundsätze gemeinsam mit den Normen des § 936 für beide Rechtsgebiete zu verwerten und fruchtbar zu machen [62]).

---

zweig § 313, Mayr § 313, 4, Krasnopolski, S. 74, Pfaff, S. 341 und 351.

[56]) vgl. § 879 Abs. 1: „Ein Vertrag, der gegen ein gesetzliches Verbot oder gegen die guten Sitten verstößt, ist nichtig."

[57]) Anderer Ansicht mit Unrecht: Stubenrauch § 936 Erl. 2, welcher den Vorvertrag zu familienrechtlichen Hauptverträgen allgemein zuläßt, vgl. ferner die zitierten Entsch. zu Note 49. Zur Frage des Verlöbnisses vgl. § 3.

[58]) So auch die überwiegende Meinung vgl. die Zit. zu Note 40.

[59]) Das p. d. c. cum tertio stellt im übrigen einen selbständigen Kausalvertrag mit eigenem wirtschaftlichem Zweck dar. Vgl. S. 10.

[60]) Die Frage nach der Vorvertragsnatur des p. d. c. cum tertio wird, soweit ich sehe, in der österreichischen Literatur nur von Gschnitzer in Klangs's Komm. zu § 936 Erl. 3 aufgeworfen und dort ohne nähere Begründung zu Unrecht bejaht. Ebenso offenbar: Entsch. 3. X. 94, Gl.-U. 15247.

[61]) Das Gesetz hebt dies zwar nicht ausdrücklich hervor; dieses Erfordernis ergibt sich aber aus der besonderen Zweckbestimmung, welche der Vertragsverabredung nach der offenbaren Absicht des österreichischen Gesetzgebers zugrunde liegen muß. Vgl. S. 15.

[62]) Vgl. hierüber in den folgenden §§ bei der Darstellung der einzelnen Erfordernisse.

§ 3: Die Abgrenzung des Vorvertrages von anderen Vertragstatbeständen, insbesondere einzelnen sogen. „Anwendungsfällen" des pactum de contrahendo.

Die in der Lehre vom Vorvertrag zum Teil bestehenden Unklarheiten über das Wesen des Vorvertrages ließen vielfach eine befriedigende Abgrenzung des Vorvertrages von anderen Vertragstatbeständen unmöglich erscheinen.

Schon die Abgrenzung des Vorvertrages vom Kauf, Tausch und den zahlreichen Kausalverträgen bereitete der Lehre Degenkolb's Schwierigkeiten. Solange man über den Vorvertrag nichts weiter aussagen konnte, als daß er eine Verpflichtung zur Abgabe von Willenserklärungen (Konsenserklärungen) begründe, ließ sich beispielsweise auch der Kauf im Verhältnis zum dinglichen Traditionsvertrag als Vorvertrag auffassen. Dieses unhaltbare Ergebnis ist zwar durch die Begrenzung des Vorvertrages auf das Anwendungsgebiet der obligatorischen Hauptverträge vermieden worden; allein hiermit ist über das innere Verhältnis des Vorvertrages zu diesen Verträgen nichts gesagt. Tatsächlich liegt jedoch eine völlige Wesensverschiedenheit zwischen dem Kauf, Tausch und anderen Kausalverträgen einerseits und dem Vorvertrag andererseits vor, die eine Verwechslung garnicht denkbar erscheinen läßt.

So ist beispielsweise der Kauf schon wirtschaftlich gesehen niemals bloß ein Vorbereitungsstadium für den Abschluß des dinglichen Übereignungsvertrages. Wenn man das Verhältnis der Parteivereinbarungen beim Kauf zu den dinglichen Verfügungsgeschäften der Übereignung von Ware und Kaufpreis betrachtet, so zeigt sich, daß sie eine wirtschaftliche Einheit miteinander bilden. Am besten wird dies beim Barkauf veranschaulicht, wo Ware und Preis sofort gegeneinander ausgetauscht werden. Aber auch beim Kreditkauf wird zumindest die Übereignung der Ware sogleich vollzogen. Die Übereignungsgeschäfte bedeuten also im Rahmen der kaufvertraglichen Regelung nichts weiter als Erfüllungstatsachen. Die Parteien betrachten sie nicht selbständige Verträge, sondern nur als Güterverschiebungsvorgänge, durch welche der beabsichtigte wirtschaftliche Gesamterfolg, nämlich der Austausch von Ware und Preis, unmittelbar herbeigeführt wird.

Der Rechtscharakter dieser abstrakten dinglichen Verfügungsgeschäfte schließt es von vornherein aus, sie als eigentliche, umfassende

Vertragsregelung zu betrachten, welche durch den Parteiwillen beliebig ausgestaltet werden könnte[1]).

Das dingliche Traditionsgeschäft der Warenübereignung ist nur ein Teilerfolg im Rahmen des wirtschaftlichen Gesamterfolges, welcher durch den Kaufvertrag von den Parteien erstrebt wird. Mit der Übereignung und Übergabe der Ware allein ist der Kauf ebensowenig abgewickelt, wie mit der bloßen Zahlung.

Es muß vielmehr der Austausch von Ware und Preis erfolgen. Dieser ist Gegenstand des Kaufvertrages. Der Verkäufer übernimmt die Verpflichtung zur Übereignung und Übergabe der Ware nur deshalb, um gleichzeitig den Käufer zur Gegenleistung (Zahlung des Preises) zu verpflichten. Beim Vorvertrag stehen die Rechte und Pflichten der Parteien nicht in diesem Gegenseitigkeitsverhältnis; sie stellen vielmehr nur ein Akzessorium zum nachfolgenden Hauptvertrag dar, um dessen Rechtsfolgen willen sie begründet werden.

Der Kauf ist hiernach ein Vertragsverhältnis mit rechtlicher und wirtschaftlicher Eigenbedeutung, ein Hauptvertrag, demgegenüber die entsprechenden dinglichen Traditionsgeschäfte nicht als selbständige, neue Hauptvertragsverhältnisse gegenüberstehen, sondern nur als Abwickelungsvorgänge erscheinen. Der Charakter des Kaufs als Hauptvertrag zeigt sich ferner auch in folgenden Wirkungen:

Mit der Vollziehung des dinglichen Traditionsgeschäfts der Übereignung der Ware geht der Kaufvertrag keineswegs unter; es bleibt weiterhin noch die Verpflichtung zur Kaufpreiszahlung bestehen. Aber auch nach deren Erfüllung verliert der Kauf nicht wie der Vorvertrag vollständig seine Wirkungen. Er gewährt nach wie vor das Recht, bei Feststellung von Mängeln der Kaufsache den durch die dinglichen Erfüllungsgeschäfte herbeigeführten Rechtszustand nachträglich zu ändern und sogar völlig wieder aufzuheben (z. B. Wandlung). Ferner kann der Kauf nachträglich wegen arglistiger Täuschung angefochten und dadurch in seinen gesamten Rechtswirkungen rückwirkend beseitigt werden. Die Unwirksamkeit des Kaufs hat dann zur Folge, daß auch die dinglichen Übereignungsverträge, sofern diese nicht schon von der Anfechtung mitergriffen werden, wieder rückgängig zu machen sind (§ 812).

Beim Vorvertrag ist dagegen für derartige Nachwirkungen kein Raum, wenn der Hauptvertrag einmal geschlossen ist; denn damit ist sein Zweck erfüllt und seine rechtliche Existenz vollkommen beseitigt; er ist insbesondere auch nicht mehr in der Lage, jetzt noch auf den Rechtsbestand des Hauptvertrages irgendwie Einfluß zu nehmen. Auch die etwaige Nichtigkeit des Vorvertrages äußert auf den

[1]) vgl. S. 12.

einmal abgeschlossenen Hauptvertrag keinerlei Wirkungen. Dieser ist nicht etwa kondizierbar; denn er trägt seine Rechtsgrundlage in sich.

Der dingliche Übergabevertrag beim Kauf setzt dagegen zur Erhaltung seiner Rechtsexistenz stets einen wirksamen Kaufvertrag, oder eine andere causa, nicht dagegen einen Vorvertrag voraus; er eignet sich seiner Rechtsnatur nach gar nicht zu einem Hauptvertrag [2]).

Was über den Kauf ausgeführt wurde, gilt ebenso für alle übrigen Kausalverträge.

Es ergibt sich hiernach, daß die sogenannten Kausalverträge (insbesondere der Kauf) nach Zweck, wirtschaftlicher Bedeutung und Rechtsgestaltung vom Vorvertrag grundverschieden sind und in keiner Beziehung miteinander verglichen werden können.

Das gilt in gleicher Weise auch für das österreichische Recht. Hier verbietet außerdem schon die Spezialregelung des Vorvertrages in § 936 mit ihren Sondernormen jeden Vergleich mit dem Kauf, Tausch und den übrigen Kausalverträgen, geschweige denn eine Anwendung der Vorvertragsregeln auf diese ganz anders ausgestalteten Vertragstypen [3]).

Nicht so einfach wie z. B. beim Kauf ist dagegen die Abgrenzung des Vorvertrages von jenen Vertragstatbeständen, die man vielfach als Anwendungs- oder Spezialfälle des p. d. c. zu betrachten pflegt. Im Folgenden sollen unter Berücksichtigung der Aufgabe dieser Arbeit, die sich auf die Grundfragen des Vorvertrages beschränkt, einige besonders zweifelhafte Fälle dieser Art [4]) gewürdigt werden, um das Wesen und das Verhältnis des Vorvertrages zu diesen Verträgen zu veranschaulichen.

I. Das Verlöbnis.

A. Deutsches Recht.

Die Unterscheidung des Verlöbnisses vom Vorvertrag machte von jeher der Vorvertragslehre besondere Schwierigkeiten [5]). Jene Auf-

---

[2]) vgl. S. 12.

[3]) vgl. z. B. die Paragraphen 1045 bis 1052 (Tausch) und 1053—1089 (Kauf) ABGB. s. hierzu auch Pfaff a. O. S. 341, 351.

[4]) Das bereits erörterte p.d.c. cum tertio und der Krediteröffnungsvertrag werden im allgemeinen zutreffend nicht als Vorvertrag, sondern als selbständige Kausalverträge angesehen. Vgl. für das deutsche Recht: Endemann, Lehrb. I. § 106 S. 617, Note 9; Endemann, Handelsr. § 143 No. 2, ferner Zeitschr. f. IV. S. 196 ff. Für das österr. Recht namentl.: von Schey 177 No. 5, Pfaff S. 349 No. 2, Gschnitzer (Klang) zu § 936.

[5]) Vgl. Degenkolb S. 20, Göppert S. 403 ff.; Endemann I § 106; Nr. 12,

fassung, welche die Besonderheit des Vorvertrages lediglich in der Verpflichtung zur Abgabe einer Vertragsschlußerklärung erblickte, hat vielfach dazu geführt, auch das Verlöbnis im Hinblick auf die Verpflichtung zum Abschluß des Ehevertrages als Sonderfall des p. d. c. zu betrachten [6]).

Vom Standpunkt der zutreffenden herrschenden Lehre, wonach nur ein obligatorisches contrahere als Leistungsgegenstand des Vorvertrages in Betracht kommt, wird die Ablehnung des Verlöbnisses als Vorvertrag mit dem Hinweis auf den familienrechtlichen Charakter der Eheschließung begründet [7]). Damit ist jedoch über das innere Verhältnis beider Vertragstatbestände zueinander und ihre gemeinsamen bzw. sie unterscheidenden Wesensmerkmale nicht das Geringste gesagt.

Auch wenn man mit der richtigen und wohl als herrschend zu bezeichnenden Auffassung davon ausgeht, daß das Verlöbnis ein Vertrag ist, der eine Verpflichtung zur Eingehung der Ehe begründet [8]), so kann das Verlöbnis niemals als Vorvertrag charakterisiert werden.

Es ist zunächst nach Zweck und Bedeutung kein bloßer Vorbereitungsakt wie der Vorvertrag. Während in der typischen Vorvertragssituation das Zustandekommen des Hauptvertrages ohne den Abschluß des Vorvertrages gefährdet ist und deshalb die vorläufige, rein schuldrechtliche Bindung zum Abschluß des Hauptvertrages zwecks Sicherung des letzteren eingegangen wird, gehen die künftigen Brautleute das Verlöbnis nicht aus Mißtrauen und Besorgnis ein, daß die Ehe anders nicht zustande kommen werde; sondern sie bestätigen damit ihren einmütigen, von keinem Teil bezweifelten Willen, von nun ab zueinander zu gehören und sich als Brautleute zu betrachten. Dem Verlöbnis fehlt von vornherein die zum Inhalt des Vorvertrages notwendig gehörige Zweckvereinbarung über die Sicherung eines künftigen Vertragsschlusses [9]).

Crome V S. 196 Anm. 1; Matthias I S. 225, Warnecke S. 55; Berndt S. 11; Stutz S. 34. Auch RG 20/334, 23/77 u. 29/98.

[6]) So offenbar: Degenkolb a. O. Ferner: Rehbein I S. 207; Regelsberger in Endemann's Handb. S. 420 ff.; Nelte S. 9; Crome a. O. u. RG. a. O.

[7]) In dieser Weise grenzen das Verlöbnis vom Vortrag ab: Warnecke S. 55; Berndt S. 11; Böttcher S. 10; Deiter S. 10.

[8]) So namentlich: Staudinger-Engelmann Vorbem. 2 zu 1297; Planck zu § 1300 Vorbem. RG. 61/267, 80/89.

[9]) Mag auch beim Verlöbnis ein Partner den Wunsch nach Sicherung der Eheschließung damit verbinden, so ist dieser jedoch nur ein Motiv, nicht dagegen Rechtsbestandteil, geschweige denn tpischer Inhalt des Verlöbnisses.

Das Verlöbnis hat im Gegensatz zum Vorvertrag die Bedeutung eines selbständigen und zwar familienrechtlichen Hauptvertrages. Während der Vorvertrag sich in der einseitigen oder zweiseitigen schuldrechtlichen Bindung der Parteien mit dem Endziel des Hauptvertragsschlusses erschöpft, begründet das Verlöbnis in erster Linie ein familienrechtliches Verhältnis besonderer Art, den sogenannten Brautstand. Man versteht hierunter die gesamten von der Sitte oder dem Gesetz an das Verlöbnis geknüpften tatsächlichen (sittlichen) Folgen und Rechtswirkungen [10]). Gerade um diesen familienrechtlichen Zustand des Verlobtseins mit allen seinen Wirkungen ins Leben zu rufen, wird das Verlöbnis abgeschlossen. Die Absicht der Parteien ist nicht etwa nur darauf gerichtet, eine obligatorische Verpflichtung zur Eingehung der Ehe zu begründen. Das Verlöbnis verfolgt im Gegensatz zum Vorvertrag einen eigenen rechtlichen und sittlichen Zweck. Hieran ändert auch nichts die Tatsache, daß das Verlöbnis von den Parteien nicht als Dauerzustand, als Endzweck (sog. Josephsehe) erstrebt wird, sondern naturgemäß dazu bestimmt ist, in die Ehe zu münden.

Soweit das Verlöbnis eine schuldrechtliche Bindung zu Eheschließung erzeugt, ist es auch rechtlich nicht als Vorvertrag ausgestaltet. Der Gesetzgeber hat den Zwang zur Eingehung der Ehe ausdrücklich untersagt. (§ 1297.) Eine Klage aus dem Verlöbnis auf Erfüllung ist ausgeschlossen. Es ist weiterhin jeder Partei durch die Möglichkeit des Rücktritts die volle Entschlußfreiheit hinsichtlich der Eheschließung belassen [12]).

Das Verlöbnis ist in seiner geltenden Rechtsgestaltung gar nicht in der Lage, die Funktionen des Vorvertrages, insbesondere die unbedingte Sicherung des künftigen Vertragsschlusses zu erfüllen.

Der von den Parteien beigelegten Bedeutung des Verlöbnisses als vorwiegend familienrechtlichen Verhältnisses entspricht die Tatsache, daß der Eheschließung praktisch regelmäßig ein Verlöbnis vorangeht, obschon die Ehe nach geltendem Recht auch ohne Verlöbnis wirksam eingegangen werden kann. Im Volksbewußtsein und den gesamten sittlichen Anschauungen ist die berechtigte Forderung verwurzelt, daß die Eingehung der Ehe erst nach einer gewissen Prüfungszeit der Brautleute erfolgen soll. Eine Ehe ohne vorangegangenes Verlöbnis

---

[10]) Vgl. hierüber insbes. Staudinger-Engelmann, Vorbem., II b und IV zu § 1297 u. Stutz S. 40 ff.

[12]) Es droht lediglich die Schadensersatzpflicht bei grundlosem Rücktritt. (§ 1298)

wird als Ausnahmefall betrachtet, der nur beim Vorliegen besonderer Notumstände gebilligt wird.

Auch hierdurch unterscheidet sich das Verlöbnis von einem Vorvertrag im Verhältnis zum Hauptvertrag, welchem keineswegs regelmäßig ein Vorvertrag vorangeht.

Es kommt hinzu, daß es sowohl dem Willen der Verlobten, als auch dem Wesen der Ehe als einer sittlichen Einrichtung und Lebensgemeinschaft idealster Form widerspricht, den Vorgang ihrer Begründung in der Äußerung des Konsenses vor dem Standesamt als einen Kontraktschluß zu betrachten und demgemäß das Verlöbnis als Parteivereinbarung zu beurteilen, welche einen solchen Vertragsschluß rechtlich sichern soll. Die Ehe ist nicht, wie der Hauptvertrag bei einem Vorvertrag, ein durch den Parteiwillen beliebig auszugestaltendes Vertragsverhältnis, sondern die völkisch und sittlich bedeutsamste und ihrem Wesen nach vollkommenste Form der Gemeinschaft. Nur eine blutleere, formalistische Betrachtungsweise vermag davon auszugehen, daß auch das Verlöbnis im Verhältnis zur Eheschließung nichts weiter als das Versprechen eines Vertragsschlusses sei.

Zusammenfassend ist hiernach festzustellen, daß das Verlöbnis nach Zweck, Parteiabsicht, Rechtsinhalt und sittlicher Bedeutung vom Vorvertrag grundverschieden ist. Es sollte daher aus der Lehre vom Vorvertrag endgültig verschwinden.

B. Österreichisches Recht.

Auch im österreichischen Recht ist die Frage, ob das Verlöbnis [13]) als Verabredung eines künftigen Vertrages im Sinne des § 936 aufzufassen ist, bestritten [14]). Einzelne Schriftsteller betrachten das Verlöbnis als besonderen Anwendungsfall des Vorvertrages in der Erwägung, daß es ebenfalls eine „wenn auch unklagbare" Verpflichtung zur Abgabe von Vertragserklärungen begründe [15]). Die herrschende Ansicht, welche das Wesensmerkmal des Vorvertrages in dem obligatorischen contrahere erblickt, scheidet das Verlöbnis deshalb aus

[13]) Über das Verlöbnis siehe im ABGB §§ 45, 46. § 45 lautet: „Ein Eheverlöbnis oder ein vorläufiges Versprechen, sich zu ehelichen, unter was für Umständen und Bedingungen es gegeben oder erhalten worden, zieht keine rechtliche Verbindlichkeit nach sich, weder zur Schließung der Ehe selbst, noch zur Leistung desjenigen, was auf den Fall des Rücktritts bedungen worden ist."

[14]) Vgl. hierzu Ehrenzweig I, 2 § 313 IV, I 2, § 424. Mayr § 313. Swoboda: Not.Z. 1925 S. 89 ff. Z.Bl. 1927, S. 241 ff. Lehnhoff in Klang's Komm. zu §§ 45, 46 und Gschnitzer ebendort zu § 936 4. Pfaff S. 341, 351. Stubenrauch § 936. Ferner: E. 25. XI. 03, Gl. U. N.F. 2498. E. 26. XI. 02, G. U. N.F. 2114.

[15]) So schon Zeiller zu § 45 und § 936; ferner Geschnitzer a. O.; Swoboda a. O.; Stubenrauch zu § 936.

dem Tatbestand des p. d. c. aus, weil es einen familienrechtlichen Konsens (Eheschließung) zum Gegenstand hat[16]).

Die Frage wird demnach von der österreichischen Rechtslehre in gleicher Weise wie in der deutschen Literatur behandelt. Man vergleicht das Verlöbnis mit dem Vorvertrag lediglich unter dem formalistischen Gesichtspunkt, ob es zur Abgabe von Willenserklärungen verpflichte oder nicht, während über das eigentliche Wesen beider Rechtserscheinungen nichts gesagt wird.

Für das österreichische Recht gelten die gleichen Abgrenzungsgesichtspunkte, welche vom Standpunkt des deutschen Rechts für das Verlöbnis und die Ehe dargelegt wurden. Hinzu kommt, daß das ABGB den Vorvertrag und das Verlöbnis auch rechtlich ganz anders ausgestaltet hat[17]).

Der Charakter des Verlöbnisses als familienrechtliches Verhältnis auf sittlicher Grundlage kommt schon in dem ausdrücklich betonten Mangel eines rechtlichen Zwanges zur Eingehung der Ehe zum Ausdruck. (§ 45.) Daß es auch der Auffassung des österreichischen Gesetzgebers vollkommen widerspricht, das Verlöbnis im Verhältnis zur Eheschließung als Verabredung eines künftigen Vertrages (§ 936) anzusehen, beweist auch die völlig selbständige Regelung des Verlöbnisses einerseits und der Vertragsverabredung andererseits. (§ 45, 46, 936.) Ein Vergleich mit den Normen des § 936 zeigt auf den ersten Blick, daß sie zum Verlöbnis überhaupt nicht passen. Abgesehen von dem bereits erwähnten Mangel einer klagbaren Verpflichtung hängt z. B. die rechtliche Wirksamkeit des Verlöbnisses nicht davon ab, daß die Zeit der Eheschließung bestimmt ist. Ferner steht die Freiheit des Rücktritts beim Verlöbnis in offenbarem Widerspruch zu der in § 936 verankerten clausula rebus sic stan-tibus[18]). Schließlich ist selbst im Falle einer Zeitvereinbarung der Ablauf eines Jahres auf die Wirksamkeit des Verlöbnisses ohne den geringsten Einfluß. Diese für den Vorvertrag sinnvolle Begrenzung der Wirksamkeitsdauer ist beim Verlöbnis geradezu widersinnig, da ja hier jeder Teil die Freiheit der Entschließung hat, ob er die Ehe eingehen will, und andererseits das Verlöbnis seinem Wesen nach von einer Zeitdauer nicht abhängig ist.

Die vergleichsweise Betrachtung des Verlöbnisses und der Vertragsverabredung (§ 936) ergibt hiernach, daß beide ihrem Wesen

---

[16]) Ehrenzweig a. O.; Mayr a. O.

[17]) Vgl. §§ 45, 46 ABGB S. 24 Note 13.

[18]) Hierauf weisen mit Recht Lenhoff (Komm. von Klang) §§ 45, 46 und Gschnitzer (Klang) zu § 936 hin.

nach völlig verschieden und vom österreichischen Gesetzgeber auch positiv-rechtlich ganz andersartig ausgestaltet sind.

II. Das Wechselversprechen.

Der Vertrag, durch den sich jemand verpflichtet, einen Wechsel auszustellen, — Wechselversprechen, Wechselschluß, pactum de cambiando — ist von jeher als ein besonderer Anwendungsfall des Vorvertrages angesehen werden [19]). Man betrachtet vom Standpunkt der heute das Wechselrecht beherrschenden Vertragstheorie [20]), wonach die Wechselverpflichtung erst mit der Übergabe des Papiers an den Gläubiger und damit durch den Vertrag zwischen dem Übergebenden und dem Empfänger entsteht, diesen Wechselbegebungsvertrag als Hauptvertrag und demgemäß das Versprechen, einen Wechsel auszustellen und zu übergeben, als Vertragsschlußversprechen und beschränkt si chbei der Hervorhebung dieses angeblichen Spezialfalles des Vorvertrages auf die Erörterung der zweifelhaften Frage nach der Form desselben [21]). Dagegen ist im Schrifttum eine Würdigung des Verhältnisses zwischen Vorvertrag und Wechselversprechen unter dem Gesichtspunkt der verschiedenen Zwecke, der rechtlichen und wirtschaftlichen Eigenart überwiegend zu vermissen [22]).

Die Eigenart des Wechselversprechens liegt im Wesen des Wechsels begründet. Der Wechsel verkörpert als abstrakte, vom Rechtsgrund losgelöste Forderung in der Form der Wechselurkunde einen greifbaren und jederzeit [23]) realisierbaren Vermögenswert. Seine rechtliche Ausgestaltung ermöglicht einen sicheren und beschleunigten Zugriff auf das Vermögen des Schuldners und verleiht ihm im Wirtschaftsverkehr die Funktion eines hervorragenden Kredit- und Zahlungsmittels. Die Wechselbegebung bedeutet daher wirtschaftlich die Überlassung eines Vermögenswertes. Das Wechselversprechen verpflichtet demgemäß zu einer unmittelbaren Vermögensleistung, durch die das Vermögen des Empfängers auf Kosten des Ausstellers bereichert wird, genau so, wie dies beim Versprechen der Übereignung von Sachgütern der Fall ist. Daß die Rechtsordnung dort wie hier zur Wirk-

---

19) Vgl. Windscheid, Pand. § 310 No. 3, Degenkolb S. 67 ff., Geller Z. Bl. S. 148 Note 20, Stintzing S. 44, Endemann I § 106, Rehbein S. 206, Crome II § 167, Oertmann § 125, 6 b, Scholtze, S. 48, Kerstjens, S. 35 Enneccerus-Nipperdey § 153 No. 20, Schloßmann S. 95, 96.

20) Vgl. insbes. RG. 74/98, 112/202.

21) Vgl. Zit. zu Note 19.

22) Vereinzelt wird auf den dinglichen Charakter des Wechselbegebungsvertrages und dessen mangelnde Eignung als Hauptvertrag verwiesen. (vgl. S. 27, Note 25).

23) Der Wechsel kann insbes. jederzeit diskontiert werden.

samkeit der Übereignung bzw. der Wechselbegründung einen Konsens erfordert, ist für die Parteien belanglos. Über das Erfordernis eines solchen Wechselvertragsschlusses (Begebungsvertrag) streiten nur die Juristen. Das ändert nichts an der Tatsache, daß das Versprechen der Wechselhingabe die Zusage einer unmittelbaren Vermögensleistung ist und selbständige wirtschaftliche Bedeutung besitzt.

Der Zweck eines Wechselversprechens ist von demjenigen des Vorvertrages grundverschieden. Wer die Ausstellung eines Wechsels verspricht oder sich versprechen läßt, beabsichtigt damit nicht, die Mitwirkung des anderen Teils zum Abschluß des Wechselbegebungsvertrages zu sichern; er tut dies vielmehr aus den gleichen Gründen, die ihn veranlassen, eine sonstige Vermögensleistung, z. B. Sachgüter oder Geld hinzugeben bzw. entgegenzunehmen. Hierbei können verschiedene Zwecke maßgebend sein. Der Wechsel kann als Schenkung, Darlehn oder Bürgschaft versprochen oder zur Befriedigung wegen einer bestehenden Geldschuld [24]) zum Verzicht des Wechselempfängers auf Gegenansprüche im Rahmen eines Vergleichs oder gar auf der Grundlage eines Kreditauftrages hingegeben werden. Dem Wechselversprechen fehlt hiernach die für den Vorvertrag typische Vereinbarung über die Sicherung des künftigen Vertragsabschlusses. Ihm ist nicht die Garantiefunktion eigen, welche den Vorvertrag zu einem Sicherungsgeschäft besonderer Art stempelt.

Wechselversprechen und Wechselbegebungsvertrag stehen nicht nur in wirtschaftlicher, sondern auch in rechtlicher Beziehung nicht im Verhältnis von Vorvertrag und Hauptvertrag. Die Wechselbegebung ist ein dinglicher Vertrag. Sie überträgt unmittelbar das Eigentum am Wechsel und bringt gleichzeitig die Wechselforderung zur Entstehung. Sie gleicht in jeder Hinsicht den dinglichen Verfügungsgeschäften (z. B. Traditionsvertrag) und eignet sich in keiner Weise als Hauptvertrag für einen Vorvertrag.

Der Wechselbegebungsvertrag hat vielmehr gegenüber dem Wechselversprechen dieselbe Stellung, wie beispielsweise der dingliche Übereignungsvertrag beim Kauf und den zahlreichen Kausalverträgen [25]).

Es ist schließlich noch folgendes zu berücksichtigen:

Das Versprechen, einen Wechsel auszustellen, hat für sich allein nicht die Bedeutung eines rechtlich selbständigen Vertrages. Es ist nichts anderes als eine theoretische Spielerei, von einem Wechselversprechen als bestimmten Vertragstypus zu sprechen. Genau so gut

---

[24]) im Zweifel aber nur erfüllungshalber, nicht novatorisch, § 364 Abs. 2 BGB.

[25]) Zutreffend Nelte S. 47, ferner Z. Bl. S. 148, Note 20, Stintzing S. 44, Dazu die Kritik von Degenkolb S. 67 ff.

könnte man dann ganz allgemein jedes Versprechen einer Sachübereignung zu einer bestimmten Vertragskategorie erheben, was völlig wertlos wäre. Jede Vermögensleistung wird zu einem bestimmten Zweck versprochen. Das Wechselversprechen als solches besagt aber nichts über den Zweck der Wechselhingabe; es ist inhaltlich völlig farblos und als abstraktes Schuldversprechen kondizierbar[26]). Ein solcher Vertrag existiert für sich allein aber praktisch gar nicht, da jedermann, der eine Wechselhingabe verspricht, damit vernünftigerweise einen Zweck verfolgt. Das Wechselversprechen kann und wird daher nur auf der Grundlage einer umfassenden Vereinbarung der Parteien, welche die wirtschaftlichen und rechtlichen Ziele der Wechselzuwendung enthält, existieren. Es kann somit nur als Rechtsbestandteil eines Kausalvertrages vorkommen (z. B. im Rahmen eines Kaufs, Tausches, Darlehns, Schenkung, Bürgschaft, Vergleichs, Auftrags, insbesondere Kreditauftrags).

Es unterscheidet sich auch in dieser Beziehung vom Vorvertrag, welcher als selbständiger Sicherungsvertrag (nicht bloß als Abrede im Rahmen eines anderen Vertrages) eingegangen wird.

Das Wechselversprechen ist hiernach in wirtschaftlicher und rechtlicher Hinsicht vom Vorvertrag wesensverschieden[27]).

B. Österreichisches Recht.

Auch die österreichische Rechtslehre hat bisher den Wechselschluß und den Vorvertrag nicht streng auseinandergehalten. Man betrachtet das Wechselversprechen offenbar als einen speziellen Tatbestand der Verabredung eines künftigen Vertrages im Sinne des § 936 und streitet in der Hauptsache über die Frage, ob es mit Rücksicht auf den Formalakt der Wechselausstellung ebenfalls einer Form bedarf[28]).

Wie wenig eine solche Auffassung sowohl dem Wesen des Wechselschlusses als auch der Rechtsnatur und dem Zweck des Vorvertrages gerecht wird, bedarf nach den obigen Ausführungen keiner weiteren Erörterung.

Für das österreichische Recht verbietet darüber hinaus bereits die positiv-rechtliche Gestaltung der Vertragsverabredung jeden Vergleich mit dem Wechselversprechen. Die einzelnen Normen des § 936, welche auf eine Vereinbarung mit dem ausschließlichen Zweck der

---

[26]) Vgl. die ähnlichen Gedankengänge bei: Planck zu § 125 Anm. 5 und Oertmann zu § 125, 6 b.

[27]) Vgl. auch Roth S. 170 è.

[28]) So namentlich: Geller, Z. Bl. I S. 148 No. 20, Ehrenzweig § 313 IV, Gschnitzer (Klang) zu § 936 Erl. 5.

Sicherung eines künftigen Vertrages zugeschnitten sind, passen überhaupt nicht auf das Versprechen, einen Wechsel auszustellen. Von wesentlichen (im Gegensatz zu unwesentlichen) Stücken des beabsichtigten Hauptvertrages kann beim abstrakten Wechselbegebungsvertrag, der ja nur die dinglichen Konsenserklärungen enthält, nicht die Rede sein. Auch der Grundsatz der clausula rebus sic stantibus hat nur für langdauernde Bindungen Sinn, die zumindest einen Vertragsteil hinsichtlich einer bestimmten Willensentschließung festlegen sollen [29]). Das Wechselversprechen ist jedoch kein Dauerverhältnis in diesem Sinne. Ihm fehlt, wie bereits dargelegt, weiterhin die Eigenschaft eines selbständigen Vertrages, da es nur als Bestandteil (Nebenabrede) eines bestimmten kausalen Grundvertrages praktisch denkbar ist [30]).

Auch die übrigen Bestimmungen des § 936 über die zeitliche Bestimmtheit des Hauptvertragsschlusses, die Geltendmachung der Rechte aus dem Vorvertrag und das Erlöschen derselben eignen sich nicht zur Anwendung auf das im Rahmen anderer Vereinbarungen getroffene pactum de cambiando.

III. Der Bezugs- und Lieferungsvertrag.

A. Deutsches Recht.

Dem Begriff des Vorvertrages werden vielfach auch die sogenannten Bezugs- und Lieferungsverträge untergeordnet. Man versteht hierunter folgende Vertragstatbestände [31]):

a) Eine Vertragspartei verpflichtet sich, ihren zur Zeit noch nicht übersehbaren Bedarf an einer bestimmten Ware oder ein Höchst- bzw. Mindestquantum von Waren innerhalb eines gewissen Zeitraumes unter im einzelnen festgesetzten Bedingungen (z. B. Einheitspreise) von der Gegenpartei zu beziehen, während letztere sich zur Lieferung (und noch weiteren Gegenleistungen, z. B. Gewährung von Krediten, Lieferung anderer Waren) verpflichtet.

b) Es übernimmt nur eine Partei die Verpflichtung, je nach Bedarf der anderen zu liefern, während die andere Partei nicht zu beziehen verpflichtet ist. Hierher werden vielfach die sogenannten

---

[29]) Soll beispielsweise das Wechselversprechen etwa schon beim Verlust des Zutrauens des einen Teils ohne weiteres hinfällig werden? (§ 936).

[30]) Als abstraktes Versprechen wäre es ohne weiteres kondizierbar. Richtig auch Geller a. O., wenn er davon spricht, daß „ein abstraktes pactum de cambiando nicht denkbar sei", sondern nur als Nebenberedung des Grundgeschäftes existiere.

[31]) Vgl. hierzu Roth S. 144 ff., ferner Kohler, Bürg. Arch. 31/237 ff., Gierke Iherings Jahrb. 64/362.

Zuleitungsverträge, namentlich die Gas-, Wasser- und Elektrizitätsversorgungsverträge gerechnet[32]). Die rechtliche Beurteilung dieser Verträge ist zweifelhaft und in der Rechtslehre und Rechtsprechung nicht einheitlich.

Vielfach wird der Grundvertrag, durch den die langdauernden Lieferungs- und Bezugsverpflichtungen übernommen werden, als Vorvertrag beurteilt[33]). Maßgebend hierfür ist meist die Vorstellung, daß der beabsichtigte Hauptvertrag in bestimmten Punkten, insbesondere hinsichtlich des Umfanges der Einzelleistungen, von den Parteien noch offengelassen und somit inhaltlich nicht ausreichend bestimmt sei; daraus wird dann gefolgert, daß gerade in diesen Fällen für den Vorvertrag Raum sei[34]). So wird z. B. ein Vorvertrag in einem Fall angenommen, in dem sich der Beklagte verpflichtet hatte, innerhalb eines bestimmten Zeitraumes Brikettpressen vom Kläger zu beziehen[35]).

Dieser Gesichtspunkt ist offenbar verfehlt. Wenn der Umfang der vertraglichen Leistungen noch nicht bestimmt und auch nicht bestimmbar ist (also tatsächlich offengelassen ist), dann ist im Hinblick auf die inhaltliche Unbestimmtheit des Hauptvertrages auch für einen wirksamen Vorvertrag kein Raum; denn der Vorvertrag erfordert wie jeder andere Vertrag zumindest, daß sein Inhalt bestimmbar ist[36]).

Man wird die hier in Betracht kommenden Fälle, die insbesondere nach Maßgabe des zu a) wiedergegebenen Tatbestandes in der Praxis häufig auftreten, nicht als Vorvertrag, sondern als echte Hauptverträge (sogenannte Sukzessivlieferungsverträge) anzusehen haben[37]). Die Verschiedenheit des Sukzessivlieferungsvertrages vom Vorvertrag zeigt sich in folgenden Punkten:

Der Sukzessivlieferungsvertrag ist, wirtschaftlich betrachtet, nicht ein bloßes Vorbereitungsstadium für die künftige Rechtsgestaltung

---

[32]) vgl. namentlich: RG 148 S. 326 ff.

[33]) Vgl. z. B. Warneyer zu § 145 III, Oertmann zu § 154 Ziffer 4, welcher das Beispiel eines Bezugsvertrages als praktischen Hauptfall des Vorvertrages erwähnt, ferner Lobe in RGRK zu § 433, 5 d, e. Die Möglichkeit der Vorvertragskonstruktion in solchen Fällen bejaht auch: Kress, Schuldrecht (1929) S. 95, ebenso Endemann § 106 S. 617 Note 7 u. die Rechtspr.: RG. 78/385, 42/30 u. in D.J.Z. 08 S. 78 OLG Hamburg in OLGR 13/410, neuerdings noch RG 148/326 ff.

[34]) So z. B. RG 78/307 u. insbes. Lobe a. O., welcher noch in der neuesten Auflage des RGRK davon spricht, daß bei völliger Unbestimmbarkeit nur noch ein Vorvertrag anzunehmen sei.

[35]) vgl. DJZ. 1908/78, ferner auch Scholtze S. 17: Jemand verpflichtet sich zur Deckung seines Kohlenbedarfs für seine Ziegelei.

[36]) vgl. hierüber § 5.

[37]) vgl. namentlich Oertmann in Ehrenberg's Handbuch IV Abt. II § 47, 11b S. 345 ff., Geller S. 15, Kohler, Bürg. Arch. 31/237 ff.

der Parteibeziehungen, sondern selbst das umfassende rechtliche und wirtschaftliche Grundverhältnis, auf dem sich die ständige Geschäftsverbindung der Parteien aufbaut und die dauernden Lieferungen und Zahlungen vollzogen werden. Seine Besonderheit liegt darin, daß die Erfüllung in zeitlich getrennten Teilleistungen zu erfolgen hat, wobei die Zeit für die Lieferung und Bezahlung der einzelnen Raten entweder im voraus festgelegt ist oder durch Abruf des Käufers bestimmt wird. Die einzelnen Warenlieferungen und Zahlungen setzen keine von Fall zu Fall neu zu schließenden Lieferungsverträge voraus, sondern sind Glieder in der Kette der zahlreichen Erfüllungshandlungen des einheitlichen Grundvertrages (z. B. des Kaufs); sie sind durch den gleichen rechtlichen Verpflichtungsgrund miteinander verbunden. Für jede Lieferung kann zwar abgesonderte Zahlung vereinbart sein, so daß für die einzelne Rate die Vorschriften der §§ 320, 326 BGB Anwendung finden [38]). Die Einheitlichkeit des gesamten Rechtsverhältnisses zeigt sich darin, daß z. B. die Einrede des nichterfüllten Vertrages auch wegen früherer rückständiger Kaufpreisraten gegenüber dem Anspruch auf eine neue Lieferung geltend gemacht werden kann [39]) und daß ferner beim Verzug bereits mit einer Lieferung möglicherweise der Rücktritt wegen aller noch nicht erfüllten Leistungen oder Schadensersatz wegen Nichterfüllung begründet ist [40]). Eine mangelhafte Einzelleistung bedeutet nicht nur eine Verletzung des Rechts auf diese Leistung, sondern die Verletzung des ganzen Schuldverhältnisses, sofern die Erfüllung des Gesamtvertrages für den Gegner kein Interesse mehr hat oder die Annahme weiterer Leistungen ihm nicht zumutbar ist [41]). Der Dauerlieferungsvertrag erschöpft sich eben nicht in den einzelnen Lieferungsgeschäften; er geht nicht darin unter, wie der Vorvertrag im Hauptvertrag, sondern bleibt als tragende Rechtsgrundlage der einzelnen Lieferungs- und Zahlungsraten bis zur Abwicklung der gesamten Parteibeziehungen fortbestehen.

Der Sukzessivlieferungsvertrag begründet ferner nicht nur Verpflichtungen zu den einzelnen Lieferungen und Zahlungen, sondern darüber hinaus zu einer Dauerleistung, nämlich einer ständigen Lieferungsbereitschaft des Verkäufers. Weiter verpflichtet er den Käufer abgesehen von der Zahlung meist noch zu anderen Gegenleistungen. So spielt z. B. in Bayern beim Bierlieferungsvertrag die Ver-

[38]) vgl. hierzu auch: Müller in Gruchot 50/510 ff.

[39]) s. insbes. RG. 68/22.

[40]) vgl. RG. 58/421, 61/130; ebenso ist evtl. die Kündigung nach Aanalogie der §§ 626, 723 zulässig, so RG. 78/388.

[41]) RG. 62/285, 67/7.

pflichtung des Gastwirts, seine Gerste und seinen Hopfen ausschließlich der Bier liefernden Brauerei zu überlassen, eine praktische Rolle. Dadurch sichern sich namentlich die kleinen Brauereien im Konkurrenzkampf mit den Großbrauereien, welche Gerste und Hopfen lediglich nach der Qualität zu hohen Preisen aufkaufen, ihren Gersten- und Hopfenbedarf.

Eine weitere Besonderheit des Dauerlieferungsvertrages liegt in der einseitig oder wechselseitig übernommenen Verpflichtung, keine andere Ware der gleichen oder ähnlichen Art von dritter Seite zu beziehen oder an Dritte zu liefern [42]). Die Unterlassungpflichten, auf deren Verletzung meist hohe Vertragsstrafen stehen, bieten ein wirksames Mittel zum Schutz des bestehenden Dauerverhältnisses. Diese negative Funktion des Sukzessivlieferungsvertrages steht in gewissem Gegensatz zu dem positiven Zweck des Vorvertrages, welcher die Sicherung eines künftigen Vertragsschlusses erstrebt.

Der Sukzessivlieferungsvertrag ist hiernach ein einheitliches Dauerverhältnis (Hauptvertrag) mit besonders ausgestalteten gegenseitigen Leistungsverpflichtungen. Erhebliche Unklarheiten bezüglich der rechtlichen Beurteilung und des Verhältnisses zum Vorvertrag bestehen beim Tatbestand der Zuleitungsverträge, insbesondere der sogenannten Kleinabnehmerverträge auf Lieferung von Gas, Wasser, Elektrizität und anderer Energien (vgl. den Tatbestand zu b).

Eine weit verbreitete Auffassung betrachtet diese Verträge nicht als Einheitsverträge (Sukzessivlieferungsverträge), sondern als sogenannte Wiederkehrsschuldverhältnisse [43]); man löst die gesamten Vertragsbeziehungen der Parteien in einzelne Schuldverhältnisse auf, die kraft einer, wäre es auch nur stillschweigenden Wiederholung des Vertragsschlusses fort und fort für weitere Zeitabschnitte oder für weitere Bezugsmengen immer neu entstehen [44]). Auch das Reichsgericht hat sich in der Entscheidung vom 13. 9. 1935 [45]) zu dieser Ansicht bekannt und die gewöhnlichen Versorgungsverträge (Kleinabnehmerverträge) als Wiederkehrsschuldverhältnisse beurteilt. Danach sollen lediglich die einzelnen Lieferungen mit den entsprechenden Zahlungen besondere, jedesmal sich erneuernde gegenseitige Verträge sein, das Grundgeschäft dagegen nur die einseitige Verpflichtung zur Lie-

---

[42]) vgl. Kohler a. O. und Roth S. 154.

[43]) vgl. über diesen Begriff insbes. Jäger L.Z. 1912/286 u. Konkursordnung § 17 Anm. 18 a.

[44]) Sydow-Busch-Krieg, Konk. O. 16. Aufl. S. 93/94, Jäger K.O. a. O., Kiesow, Vergl. O. § 4, IV, 4 und Ullmann in JW. 1933/2634.

[45]) RG. 148/326 ff.

ferungsbereitschaft begründen [46]). Bei dieser Konstruktion läßt sich dann scheinbar der Grundvertrag im Verhältnis zu den einzelnen Wiederkehrverträgen als (einseitig verpflichtender) Vorvertrag betrachten [47]).

Selbst wenn man den Begriff des Wiederkehrschuldverhältnisses anerkennt, fehlen dem Grundvertrag, aus dem die Dauerlieferungsverpflichtung und das Bezugsrecht hervorgehen, die Merkmale eines Vorvertrages; denn die aus ihm sich ergebenden Vertragsbeziehungen erschöpfen sich, wie das Reichsgericht in der Entscheidung Bd. 148 S. 326 ff. (S. 933) selbst ausführt, in der Leistung der Lieferbereitschaft und in der Zahlung der Grund- oder Zählergebühr. Außerdem sollen nach dieser Ansicht die einzelnen Wiederkehrverträge dadurch zustande kommen, daß das ständige Lieferungsangebot des Versorgers von Fall zu Fall vom Kunden durch konkludente Handlung (z. B. Einschalten des Stromes) angenommen wird [48]). Vom Versorger wird danach von vornherein ein Dauerangebot, nicht dagegen eine neue Offerte abgegeben, geschweige denn eine Verpflichtung zur Abgabe einer solchen Vertragsschlußerklärung übernommen.

Die ganze Lehre vom Wiederkehrschuldverhältnis ist jedoch abzulehnen. Es ist gekünstelt und lebensfremd, die unzähligen Fälle der Bedarfsbefriedigung, welche sich aus dem organischen Lebensverhältnis der Versorgung mit Gas, Strom, Wasser und Elektrizität ergeben und in den Formen der modernen Technik vollziehen, als einzelne Vertragsabschlüsse zu konstruieren und die ständigen Kraftstoff- bzw. Energielieferungen mit den entsprechenden Gebührenzahlungen als isolierte gegenseitige Verträge aufzufassen [49]). Diese Betrachtungsweise wird dem Wesen des Versorgungsverhältnisses nicht gerecht. Dieses ist ein Dauerverhältnis, das von den Parteien als eine rechtliche und wirtschaftliche Einheit betrachtet wird und demgegenüber die einzelnen Lieferungs- und Zahlungsakte nur die untergeordnete Bedeutung von Erfüllungshandlungen haben. Aus ihm entspringen zahlreiche Leistungsverpflichtungen, die das Ganze als ein dauerndes Gegenseitigkeitsverhältnis kennzeichnen [50]). Der Versorger verpflichtet sich nicht nur zu den Einzelleistungen, sondern

---

[46]) RG. a. O.

[47]) So spricht das RG. in Entsch. Bd. 148 S. 334 von einem Vorvertrag, ohne allerdings auf die Bezeichnung entscheidenden Wert zu legen.

[48]) vgl. RG. a. O. S. 333/334.

[49]) Die Rechtskonstruktion des Wiederkehrsschuldverhältnisses erklärt sich vornehmlich als eine konkursrechtliche Besonderheit, um die mit Rücksicht auf § 7 KO. bei derartigen Verträgen entstehenden Unbilligkeiten zu meistern.

[50]) vgl. Rumpf in JW. 1930/1346 und 1933/2229.

er hat vor allem für jederzeitige Lieferungsbereitschaft einzustehen. Um diese Dauerleistung zu ermöglichen, muß er Einrichtungen schaffen und unterhalten, Personal beschäftigen und eine bestimmte Arbeitsleistung erreichen, welche die Erzeugung, Aufspeicherung und Abgabe des Kraftstoffs je nach Bedarf gewährleistet. Der Abnehmer bezahlt andererseits nicht allein die Einzelleistungen, sondern auch ein Entgelt für diese Dauerleistung des Versorgers. (Grundgebühr, Zählergebühr.) Er soll darüber hinaus aber nach dem Willen des Versorgers seinen Bedarf ausschließlich aus dem Rohr- bzw. Stromnetz des Letzteren decken. Der Versorger kann und will angesichts der erheblichen Aufwendungen, welche er zur ständigen Unterhaltung der Lieferbereitschaft machen muß, nicht bloß auf die Gnade des Abnehmers angewiesen sein, daß dieser tatsächlich nur von ihm bezieht. Der Abnehmer ist also zumindest zur Unterlassung jedes anderweitigen Bezuges verpflichtet[51]). Der Abnehmer ist schließlich verpflichtet, die zur technischen Durchführung der Versorgung notwendigen Anlagen und Handlungen auf seinem Grundstück zu dulden. (Leitungen, Zähler, Zutritt des technischen Personals des Versorgers.)

Es ergibt sich hiernach, daß der sogen. Zuleitungsvertrag kein Vorvertrag zu ständig sich erneuernden Wiederkehrsschuldverhältnissen ist, sondern ein einheitliches Dauervertragsverhältnis mit besonderen gegenseitigen Leistungsverpflichtungen darstellt.

B. Österreichisches Recht.

In der österreichischen Rechtslehre und Rechtsprechung wird ebenfalls die unrichtige Auffassung vertreten, daß die Bezugs- und Lieferungsverträge Anwendungsfälle des Vorvertrages seien[52]). Demgegenüber heben einzelne Schriftsteller zutreffend die Tatsache hervor, daß diese Verträge[53]) ganz anders geartete Verpflichtungen, insbesondere auch bestimmte Unterlassungpflichten (z. B. die Verpflichtung, die Ware nicht von dritter Seite zu beziehen oder andere zu liefern) zum Gegenstand haben[54]).

Damit ist zwar das Wesen der Bezugs- und Lieferungsverträge

[51]) Ob darüber hinaus auch eine Verpflichtung zur Abnahme in üblichen Mengen anzunehmen ist, so daß der Unternehmer hierauf klagen könnte, ist zweifelhaft und Auslegungsfrage. Allgemein dafür: Henke-Müller-Rumpf, Rechtsgrundlagen der öffentlichen Elektrizitätswirtschaft in Deutschland, Teil III, 5. Kap. S. 157 ff., Rumpf a. O.

[52]) vgl. Gschnitzer (Klang) zu § 936 Erl. 5 e, namentlich für den Bierlieferungsvertrag, dort auch Zit. über die Rechtsprechung. Nach Gschnitzer enthalten auch die Elektrizitätslieferungsverträge einen Vorvertrag.

[53]) Gemeint ist namentlich der Bierabnahmevertrag.

[54]) vgl. Ehrenzweig § 313, IV, 3, Mayr: § 313, 4 d.

noch nicht hinreichend gekennzeichnet; es sind vielmehr noch die weiteren, zuvor dargelegten Unterscheidungsmerkmale vom Vorvertrag zu berücksichtigen. Im Ergebnis sind danach die unter dem Sammelbegriff „Bezugs- und Lieferungsvertrag" von der österreichischen Rechtslehre verstandenen Rechtserscheinungen einheitliche Dauerrechtsverhältnisse mit äquivalenten Vertragsleistungen, welche nur in verschiedenen Zeitabschnitten vollzogen werden.

Der Einheitsvertrag ist somit keine Verabredung eines künftigen Vertrages im Sinne des § 936; er ist vielmehr ein auf längere Dauer berechneter Hauptvertrag, dessen rechtliches Dasein durch die Vollziehung der zeitlich getrennten Einzelgeschäfte in keiner Weise berührt wird.

Der Bezugs- und Lieferungsvertrag hat daher mit dem Tatbestand des Vorvertrages nichts weiter als die naturgemäß bei ihm gegebene lange Dauer der Bindung gemeinsam. Deshalb wird von einzelnen Schriftstellern die Klauselbestimmung des § 936 auch auf den Dauerlieferungsvertrag entsprechend angewandt[55]). Hiergegen bestehen keine Bedenken, zumal gerade beim Dauerbezugs- und Lieferungsvertrag eine nachträgliche Veränderung der Verhältnisse erhebliche Unbilligkeiten zur Folge haben kann und das Bedürfnis nach einer Anpassung an die Zeitverhältnisse unter Berücksichtigung der eingetretenen Veränderung hier ebenso wie beim Vorvertrag gerechtfertigt ist. Der Grundsatz der clausula rebus sic stantibus hat daher beim Dauerlieferungsvertrag ganz allgemeine Berechtigung und ist nicht bloß für das österreichische, sondern auch das deutsche Reichsrecht anzuerkennen[56]). Die deutsche Rechtslehre und Rechtsprechung haben dementsprechend in rechtsanaloger Anwendung der Grundsätze aus den §§ 626, 723 BGB gerade beim Dauerbezugs- und Lieferungsvertrag ein Kündigungsrecht aus wichtigem Grunde zugelassen[57]).

Die Rechtsanalogie aus anderen Vertragsverhältnissen (Dienstvertrag, Gesellschaft) bietet im deutschen Recht einen Ersatz für die hier fehlende Möglichkeit, positive Normen über den Vorvertrag zur entsprechenden Anwendung heranzuziehen.

Abgesehen hiervon sind aber infolge der Wesensverschiedenheit der Dauerbezugs- und Lieferungsverträge einerseits und des Vorvertrages andererseits die übrigen Bestimmungen des § 936 (insbes. über Inhaltserfordernisse, Geltendmachung der Rechte und Erlöschen des Vorvertrages) auf derartige Verträge nicht anwendbar.

---

[55]) Ehrenzweig a. O. Mayr a. O., aus der Rechtspr.: E. Gl.-U. XIV Nr. 5366 (hierzu Schöndorf, Z. Bl. 1919/209 E. Gl.-U. XIV Nr. 5529 (Schöndorf Z. Bl. 1919 Nr. 35).

[56]) vgl. Über Rechtsgrundlage der cl. r. s. st. § 8.

[57]) vgl. RG. 65/37, 78/385, 424, 79/161, vgl. auch § 8.

Kapitel 2:

Die Existenz des Vorvertrages.

§ 4: Der Vorvertrag bei den sogen. Real- und Konsensualverträgen.

A. Deutsches Recht.

Das rechtliche Dasein [1]) des Vorvertrages ist seit der Begründung des Vorvertragsbegriffs durch Degenkolb immer wieder von zahlreichen Stimmen aus Rechtslehre und Praxis unter den verschiedensten Gesichtspunkten in Zweifel gezogen worden [2]).

Abgesehen von den gescheiterten Versuchen, den Vorvertrag aus Gründen der Logik als unmöglich hinzustellen [3]), gehen die meisten Angriffe vornehmlich vom Hauptvertrag aus und entnehmen aus dessen Rechtscharakter und inhaltlichem Tatbestand die auf Verneinung des p. d. c. zielenden Argumente [4]). Entsprechend den zwei

---

[1]) Verschieden hiervon ist die gleichfalls umstrittene Frage nach der Daseinsberechtigung des Vorvertrages (sogen. Praktikabilität); siehe darüber am Ende dieses Paragraphen.

[2]) Im allgemeinen ist zu sagen, daß der Streit zugunsten der herrschenden Lehre, welche die Existenz des Vorvertrages sowohl beim Real- als auch beim Konsensualvertrag bejaht, entschieden sein dürfte. Für die herrschende Lehre insbes.: Motive I, S. 178 ff, Degenkolb Arch. ziv. Pr. N. F. 21, S. 54 ff; Göppert, S. 403 ff; Regelsberger Ziv. Erörter. I, S. 132; Endemann I, § 106; Dernburg, bürg. Recht II, S. 217; Berndt, S. 19 ff, Deiter, S. 21 ff; Kerstjens, S. 18 ff, Warnecke, S. 28 ff, und die Komm., insbes.: Oertmann zu § 154, 4; RGRK Vorbem. 2 zu § 145; RG. 86/30, weitere Zit. bei Planck, Vorbem. 4 zu § 145. Für die Gegenmeinung vgl. Bechmann II, § 273, S. 281 ff; Rehbein I, S. 207, Koch III, S. 230 ff (Recht der Forderungen, § 70, und II, S. 71), Holzschuher III, S. 315, Anm. 3 (Ziv. R. III, § 236), Scholze, S. 12 ff, Greis, S. 10 ff, Geller, S. 61 ff, Adler, S. 241, 256, Förster, Eccius I, S. 443, ferner: Pr. Obertribunal in I. Striethorst Arch,. Bd. 88, S. 285.

[3]) So Storch, S. 60 ff, Geller, Zentr. Bl., S. 133 ff (vgl. hierzu die Widerlegung durch Degenkolb, Arch. ziv. Pr. N. F. 21, S. 54 ff (60). Nelte, S. 14, Geller (Diss.), S. 64, Berndt, S. 24 ff.

[4]) Beim Vorvertrag zu den Realverträgen wird die Existenzmöglichkeit der Realverträge geleugnet, bei den Konsensualverträgen wird der Vorvertrag wegen Inhaltsgleichheit mit dem Hauptvertrag für identisch erachtet. (Vgl. dazu die folg. Ausführungen.)

Hauptgruppen von Vertragstatbeständen — den realen und konsualen Verträgen — unterscheidet man bei der Streitfrage allgemein danach, ob der Hauptvertrag ein Real- oder ein Konsensualvertrag ist [5]).

Wer die Existenz der Realverträge leugnet — hierunter versteht man solche Verträge, deren Entstehungstatbestand außer der erforderlichen Willenseinigung der Parteien (Konsens) noch ein reales Moment, insbes. die Hingabe einer Sache erfordert (Darlehn, Leihe, Verwahrungsvertrag) — kann freilich auch einen Vorvertrag insoweit nicht als existent annehmen [6]). In der Lehre vom Vorvertrag nimmt daher die Frage nach der Möglichkeit der Realverträge überall einen breiten Raum ein [7]).

Der Streit über das Dasein der Realverträge darf heute allgemein zugunsten der herrschenden Lehre, welche sie mit Recht unter Berufung auf das BGB anerkennt [8]), als beendet angesehen werden. Damit ist auch die allgemeine Daseinsmöglichkeit des Vorvertrages beim Realvertrag gegeben; denn die Besonderheit des Realvertrages besteht ja lediglich in seinem Entstehungstatbestand. Der besondere Rechtscharakter des Realvertrages bildet für den Vorvertrag kein Hindernis, sondern läßt (wie auch andere Verträge) für einen vorbereitenden Vertrag durchaus Raum.

Vereinzelt wird jedoch die Ansicht vertreten, daß der Vorvertrag bei Realverträgen grundsätzlich ausgeschlossen sei. So charakterisiert Roth [9]) insbes. das Darlehnsversprechen als einen Vertrag mit selbständiger causa, der die Willenseinigung über die Hingabe als Darlehn bereits als Zweckabrede enthalte und lediglich noch auf die bloße Hingabe der Valuta gerichtet sei, an die sich dann die Rückgabepflicht knüpfe.

Diese Konstruktion erscheint rechtlich bedenklich, weil sie zur Annahme einer durch die Hingabe bedingten Rückgabepflicht nötigt, die beim gewöhnlichen Darlehnsversprechen von den Parteien gewiß nicht beabsichtigt sein dürfte. Es entspricht zumindest nicht den Interessen des Darlehnsnehmers, schon vor dem Empfang der Valuta eine (wenn auch nur bedingte) Verpflichtung zur Rückerstattung einzu-

---

[5]) vgl. insbes.: Berndt (Der „Vorvertrag") und die Abhandlungen von Deiter, Warnecke, Bergler, Weber, Kerstjens und Böttcher.

[6]) So: Schloßmann in Iherings Jahrb. 45/1 ff, Kohler, bürg. Arch. 2/233 ff, Weber, S. 44 ff.

[7]) Mit der Entscheidung im bejahenden oder verneinenden Sinne wird auch das Problem der Existenz des Vorvertrages beim Realvertrag als gelöst betrachtet. vgl. die zit. Abhandl. zu N. 2 und 5.

[8]) vgl. die Komm. Vorbem. zu §§ 598, 607 und 688 BGB.

[9]) Roth, S. 190 ff.

gehen. Die Auffassung Roth's findet auch in der Regelung des deutschen Rechts keine Stütze [10]); denn das BGB geht grundsätzlich davon aus, daß die Verpflichtung zur Rückerstattung des „Empfangenen" im Zweifel d. h. wenn die Parteien im Rahmen der ihnen belassenen Vertragsfreiheit nichts anderes vereinbaren [11]) erst mit der Hingabe, also nicht schon früher (auch nicht bedingt) entstehen soll [12]). Der Standpunkt Roth's führt beim Darlehnsversprechen im Ergebnis überhaupt zur Leugnung des Realvertrages; denn die bloße Hingabe der Valuta, welche nach Roth bereits zur Entstehung der Rückgabeverpflichtung ausreichen soll, stellt für sich allein keinen Vertrag, sondern nur eine rechtsbegründende Tatsache dar.

Bei der Prüfung, ob ein im einzelnen Fall abgegebenes Versprechen, z. B. ein Darlehn zu geben, eine Sache zu verwahren oder zu leihen, als echter Vorvertrag aufzufassen ist, kommt es entscheidend darauf an, ob die Parteien durch das Versprechen bereits den eigentlichen Darlehns-, Leih- und Verwahrungsvertrag mit der typischen Verpflichtung zur Rückgewährung oder aber vorerst nur eine Verpflichtung zur Herbeiführung dieser Rechtswirkung begründen wollen. Da das BGB die grundsätzliche Regel aufstellt, daß der Darlehns-, Leih- und Verwahrungsvertrag erst mit der Hingabe der Sache zustande kommt, spricht eine gesetzliche Vermutung dafür, daß diese Versprechensverträge als eigentliche Vorverträge (und nicht als kosensuale Darlehns-, Leih- und Verwahrungsverträge) abgeschlossen sind. Diese Vermutung kann jedoch im Einzelfall durch eine abweichende Parteivereinbarung widerlegt werden [13]).

Der Vorvertrag ist bei den Realverträgen ohne Zweifel rechtlich möglich und zulässig [14]).

Bei dem Streit darüber, ob es Vorverträge zu Konsensualverträgen gibt, ist vielfach die Frage der rechtlichen Existenzmöglichkeit

---

[10]) Roth vertritt die dargel. Auffass. nicht nur für das Gebiet des schweizer. Obl. Rechts, sondern auch für das deutsche Recht.

[11]) Sie können ebensogut den Darlehns-, Leih- und Verwahrungsvertrag als Konsensualvertrag abschließen.

[12]) So mit Recht die herrsch. Lehre; vgl. die Komm. zu §§ 598, 607 u. 688.

[13]) Die Ansicht Roth's, daß das Darlehnsversprechen und die anderen Versprechensverträge zu den Realverträgen stets kausale Hauptverträge seien, ist unzutreffend. Nach dem BGB begründet das Versprechen, eine Sache als Darlehn zu geben, zu leihen oder zu verwahren, sofern die Übergabe nicht sofort erfolgt, im Zweifel immer nur die Verpflichtung, den Darlehns-, Leih- und Verwahrungsvertrag erst zu schließen. Das Gesetz selbst faßt also regelmäßig ein solches Versprechen als Vorvertrag auf. Den Parteien steht es selbstverständlich frei, den Hauptvertrag (Darlehn, Leihe, Verwahrung) sofort zu schließen.

[14]) Das Gebiet der Realverträge ist nach Schloßmann, S. 36, sogar die „unbestrittene Domäne" des p. d. c.; vgl. auch: Scholze, S. 45, Göppert, S. 422, Endemann § 106, Anm. 9, Warnecker I, Vorbem. II zu § 145.

mit derjenigen der praktischen Daseinsberechtigung verknüpft und dadurch die Stellungnahme der einzelnen Ansichten mitunter unübersichtlich geworden. Hält man jedoch beide Gesichtspunkte streng auseinander, so ergibt sich, daß die Mehrzahl der Gegner des Vorvertrages seine theoretische Möglichkeit nicht in Abrede stellen, sondern nur die praktische Notwendigkeit leugnen und ihn durch andere Rechtsfiguren ersetzen wollen [15]). Soweit die eigentliche Daseinsmöglichkeit des Vorvertrages beim konsensualen Hautpvertrag verneint wird, geschieht dies vorwiegend mit der Begründung, daß hier Vorvertrag und Hauptvertrag wegen Inhaltsgleichheit identisch seien [16]). Maßgebend ist hierbei die Erwägung, daß der Vorvertrag, um rechtsgültig zu sein, hinlänglich bestimmt sein, d. h. alle wesentlichen Punkte des künftigen Vertrages bereits enthalten müsse. Hieraus wird dann gefolgert, daß der auf Abschluß des Hauptvertrages gerichtete Wille bereits im Vorvertrag als gegenwärtiger erklärt sei und ein bereits in allen Punkten bestimmbarer Hauptvertrag vorliege, dessen Erfüllung lediglich hinausgeschoben sei [17]).

Gegen diese Argumentation ist mit Recht geltend gemacht worden, daß sie den Parteiwillen als reinen geistigen Vorgang mit seiner entscheidenden rechtlichen Erscheinungsform als Willenserklärung verwechselt [18]). Sie übersieht, daß der für den Hauptvertrag maßgebende Wille jedenfalls als rechtsgeschäftliche Handlung (hierauf kommt es allein an) beim Vorvertrag noch gar nicht existent ist, und daß ferner der Inhalt des Vorvertrages von dem des Hauptvertrages wesentlich verschieden ist. Die Willenserklärungen der Parteien umfassen beim Vorvertrag das gesamte, dem endgültigen Zustandekommen des beabsichtigten Hauptvertrages entsprechende Parteiverhalten [19]). Der Hauptvertrag hat dagegen die reellen Sachleistungen zum Gegenstand (z. B. Übergabe der Kaufsache, Zahlung des Preises usw.).

---

[15]) Bechmann, S. 281, Schloßmann, S. 8, 45, Geller, S. 63, Weber, S. 26 ff, wollen den einseitigen Vorvertrag durch die längere Zeit bindende Offerte ersetzen. Förster, Eccius, Pr. Privatrecht, § 77, und Adler, S. 253, 2272, geben der Konstruktion eines bedingten Vertrages (unter Wollensbedingung) den Vorzug. Stintzing, S. 27, 28, und Rietzler-Staudinger, Vorbem. 9 zu § 145, nehmen eine bloße „Vorverpflichtung" an. Kress, S. 94, 95, und Stampe, Arch. ziv. Pr. 108, S. 69, konstr. ein Gestaltungsrecht.

[16]) Vgl. insbes.: Bechmann a. O., Rehbein I, S. 207 ff, Koch III, S. 230 ff, § 70, und II, S. 71, Scholze, S. 45 ff, und Greis, S. 10 ff.

[17]) Bechmann, S. 281 ff, Greis, S. 11.

[18]) Degenkolb, S. 22, 72, Berndt, S. 19, 24, Kerstjens, S. 18.

[19]) Vgl. näheres hierüber in § 5.

Von einer Inhaltsgleichheit zwischen Hauptvertrag und Vorvertrag kann nicht die Rede sein [20]).

Die herrschende Lehre, welche die Existenz des (einseitigen und zweiseitigen) Vorvertrages bei den Real- und Konsensualverträgen anerkennt, ist hiernach gerechtfertigt.

Nicht zugegeben werden kann dagegen die überwiegend bejahte Möglichkeit des sogenannten gegenseitigen Vorvertrages. Hierunter stellt man sich einen zweiseitigen Vorvertrag vor, bei dem jede Vertragspartei ihre Verpflichtung in Austausch gegen die Vertragsschlußverpflichtung des anderen Teils übernimmt [21]). Dieser Annahme liegt eine gewisse Unklarheit über das Wesen des Vorvertrages zugrunde. Die abstrakte und nach rein logischen Gesichtspunkten gewonnene Definition des p. d. c. im Sinne Degenkolb's läßt rein theoretisch das unhaltbare Ergebnis zu, daß der Vorvertrag einmal als einseitig bzw. wechselseitig geschlossener Vertrag, das andere Mal als gegenseitiger Vertrag existieren kann. Betrachtet man ausschließlich die Verpflichtung zur Abgabe einer Vertragserklärung als das wesentliche Merkmal des Vorvertrages, so ist diese Bindung logischerweise in drei möglichen Erscheinungsformen (einseitig, zweiseitig und gegenseitig) denkbar. Während aber im gesamten Schuldrecht nirgends ein derartiger Vertragstatbestand zu finden ist — alle Vertragstypen des BGB lassen sich vielmehr streng unter dem Gesichtspunkt des Synallagma unterscheiden [22]) — soll der Vorvertrag streng einseitig, wechselseitig und gegenseitig verpflichtend zugleich sein können, ohne hierdurch seine Existenz als selbständiger Vertragstypus zu verlieren. Die Verpflichtung aus dem Vorvertrag könnte danach beispielsweise einmal schenkweise, ein anderes Mal gegen eine Gegenleistung (Kauf, Tausch) ein drittes Mal zu Bürgschaftszwecken übernommen werden. Der Vorvertrag würde danach jede der genannten Vertragstypen zugleich verkörpern. Das ist gewiß unhaltbar.

Nach der hier vertretenen Auffassung vom Wesen des p. d. c. ist für einen gegenseitigen Vorvertrag kein Raum. Der Vorvertrag dient als Vorläufer des Hauptvertrages nur einem Ziel, nämlich der Sicherung des Hauptvertragsabschlusses. Jede Partei geht beim Vorver-

---

[20]) Der Streit hierüber dürfte heute zugunsten der herrschenden Lehre entschieden sein. Vgl. insbes. die Zit. Note 2, dazu Tobias, § 11, Nelte, § 8, und RG. 66/120, 73/116, 76/387, 81/134.

[21]) In welchem Verhältnis der zweiseitige und gegenseitige Vorvertrag zueinander stehen, wird nicht gesagt. Vgl. Geller, § 4, Kress, § 7, S. 93, Enecerus-Lehmann, § 141, S. 467, Kerstjens, S. 13, Deiter, S. 74, Böttcher, S. 11, Weber, S. 5, Warnecke, S. 10, Kober (Staudinger), Vorbem. zu § 607, und RGRK., Vorbem. 5 zu § 607, wo von einem gegenseitigen Darlehnsvorvertrag gesprochen wird.

[22]) z. B. einerseits Darlehn, Schenkung, andererseits Tausch, Kauf usw.

trag die Bindung nicht deshalb ein, weil sich auch die andere Partei verpflichten soll, sondern allein, um den beabsichtigten Hauptvertrag zustande zu bringen. Die beiderseitigen Verpflichtungen der Vorvertragsparteien werden von diesen nicht als selbständige wirtschaftliche Leistungen gewertet; sie stehen sich nicht im Verhältnis von Leistung und Gegenleistung gegenüber, derart, daß die eine das Äquivalent für die andere bildet, sondern verlaufen parallel auf das gleiche Ziel, nämlich den Hauptvertragsschluß.

Bezeichnend für die Unsicherheit, die bei der Beurteilung des Verhältnisses der beiderseitigen Leistungspflichten des zweiseitigen Vorvertrages innerhalb der herrschenden Lehre besteht, ist beispielsweise die Tatsache, daß einzelne Schriftsteller [23]) nur eine analoge Anwendung der Vorschriften über gegenseitige Verträge befürworten [24]).

Vorstehend nicht erörtert ist die heiß umstritten gewesene Frage nach der praktischen Existenzberechtigung des Vorvertrages (sogen. Praktikabilität) [25]). Sie bedarf heute angesichts der ausführlichen Rechtfertigung, welche die herrschende Lehre für die Existenz des Vorvertrages gegeben hat, keiner besonderen Untersuchung mehr [26]).

Aus dem hier dargelegten Tatbestand des Vorvertrages ergibt sich, daß seine praktische Anwendung überall da am Platze ist (und hier nicht durch andere Rechtsfiguren vollwertig ersetzt werden kann), wo dem Abschluß des Hauptvertrages tatsächliche oder rechtliche Hindernisse entgegenstehen, welche die Sicherung des künftigen Vertragsschlusses für einen oder beide Kontrahenten erwünscht und notwendig erscheinen lassen.

Bei den realen Hauptverträgen des Darlehens, der Leihe und Verwahrung wird der sofortige Vertragsschluß oft daran scheitern, daß die Parteien das Geld oder die Sache noch nicht sogleich übergeben können oder ein Vertragsteil erst später ein Interesse an der Hingabe hat (z. B. der Darlehnsgeber will das Geld erst beschaffen, oder der Darlehnsnehmer benötigt es erst zu einem künftig zu errichtenden Neubau oder kann die an die Darlehnshingabe geknüpften Bedingungen, wie etwa Eintragung einer erststelligen Hypothek, nicht sogleich erfüllen). Hier hilft der Vorvertrag über die bestehende Verlegenheitssituation hinweg, indem er den Abschluß des beabsichtigten

---

[23]) Deiter, S. 74, 92, Steinhagen, S. 128, Tobias, S. 73 (zweifelnd).

[24]) Wenn es wirklich einen gegenseitigen Vorvertrag gibt, dann ist nicht einzusehen, weshalb die Vorschriften über gegenseitige Verträge (§§ 320 ff BGB) auf ihn nicht anwendbar sein sollen.

[25]) Hierüber s. namentlich Bechmann a. O., Schloßmann a. O., S. 6 ff, Göppert, S. 420 ff, Adler a. O.

[26]) vgl. die Abhandlung, insbes. Deiter, S. 24 ff, Nelte, S. 18 ff, Berndt, S. 21 ff, Kerstjens, § 7, Scholze, §§ 8 und 9.

Darlehns-, Leih- oder Verwahrungsvertrages sicherstellt d. h. für die Zukunft von dem Willen der verpflichteten Partei unabhängig macht.

Bei den Konsensualverträgen kommen ebenfalls mannigfache tatsächliche oder rechtliche Hindernisse eines sofortigen Vertragsschlusses in Betracht. Man denke an den Fall, daß z. B. der Vermieter die Mietwohnung noch nicht zur Neuvermietung frei hat, oder daß der Mieter erst später an den Ort der Mietwohnung dienstlich versetzt wird, sich aber schon voher die Wohnung sichern will; oder ein Student der technischen Hochschule, der noch vor dem Examen steht, soll von einem Maschinenbauunternehmen verpflichtet werden, künftig in die Dienste des Unternehmens einzutreten, sobald er die Ausbildung abgeschlossen hat [27]).

Als tatsächliche Hindernisgründe des sofortigen Hauptvertragsschlusses kommen vor allem auch die entgegengesetzten Wünsche eines oder beider Kontrahenten in Betracht.

Weiterhin ergibt sich für die Anwendung des Vorvertrages da ein Bedürfnis, wo bestimmte rechtliche Voraussetzungen, ohne die der Hauptvertrag nicht voll wirksam geschlossen werden kann, zuächst fehlen. Es beabsichtigen z. B. mehrere Gesellschafter eine G. m. b. H. zu gründen, sind jedoch noch nicht in der Lage, den Erfordernissen des § 5 G. m. b. H.-Gesetz über die Höhe des Stammkapitals zu genügen. Es bleibt ihnen hier vorbehalten, sich zunächst zur Gründung der Gesellschaft zu verpflichten und um die Beschaffung der noch fehlenden Beträge zu bemühen, wenn der Gründungsgedanke nicht von vornherein scheitern soll [28]).

Auch die Form eines Hauptvertrages kann sich vielfach als ein Hindernis erweisen, welches zunächst den Abschluß eines Vorvertrages empfehlenswert oder gar notwendig macht. Das Anwendungsgebiet des Vorvertrages ist hier zwar eingeschränkt, da der Vorvertrag praktisch in den meisten hier in Betracht kommenden Fällen zur Wirksamkeit ebenfalls der Form bedarf [29]). Es bleiben aber die Fälle übrig, wo der Zweck der Formvorschrift für den Hauptvertrag durch den (formlosen) Vorvertrag nicht beeinträchtigt wird (wie

---

[27]) vgl. über das Verhältnis des Vorvertrages zu einem Arbeitsvertrag Mannsfeldt in JW. 1936/481 ff (483).

[28]) Das Gleiche trifft für den Fall zu, daß für die beabsichtigte Errichtung einer Genossenschaft oder Aktiengesellschaft noch nicht die gesetzlich vorgeschriebene Zahl von Genossen, bzw. Aktionären vorhanden ist. Die an der Gründung interessierten Gesellschafter haben hier die Möglichkeit, sich schon durch einen Vorvertrag die künftige Gründung der Genossenschaft, bzw. A.-G. zu sichern und die noch fehlenden Mitglieder inzwischen zu werben.

[29]) vgl. § 6.

z. B. beim Mietvertrag) oder wo die Parteien z. B. von vornherein einen formellen Abschluß des Hauptvertrages vorgesehen haben. Hier steht nichts im Wege, den beabsichtigten Hauptvertragsschluß durch eine vorvertragliche Bindung zu sichern. (So beispielsweise bei einem Vorvertrag zu einem gerichtlichen Vergleich, wenn die Prozeßparteien sich über die Vergleichspunkte im wesentlichen einig sind, aber den eigentlichen Abschluß des Vergleichs erst vor dem Gericht unter Beratung und Mitwirkung des Richters zu gerichtlichem Protokoll vornehmen wollen.)

In diesem Zusammenhang ist auch auf diejenigen Verträge hinzuweisen, die nur unter Mitwirkung oder mit Genehmigung einer dritten Stelle (Vormundschaftsgericht, Anerbengericht, Landrat) rechtswirksam begründet werden können. Auch hier ist für den Vorvertrag praktisch Raum [30]). Er unterliegt im Gegensatz zu dem betreffenden Hauptvertrag nicht dem Genehmigungszwang, da den staatlichen Interessen ausreichend gedient ist, wenn der Hauptvertrag zur Genehmigung vorgelegt wird [31]).

In allen diesen und ähnlichen Situationen erweist sich der Vorvertrag als ein praktisch bedeutsames Mittel, den Abschluß des künftigen Hauptvertrages in wirksamer Weise zu sichern.

B. Österreichisches Recht.

Im österreichischen Recht, welches ebenfalls die Unterscheidung zwischen realiter und konsensualiter geschlossenen Verträgen kennt [32]), ist die rechtliche Existenz des Vorvertrages bei beiden Gruppen von Verträgen (Hauptverträgen) durch positive Bestimmungen des ABGB anerkannt. Das Gesetz hat in den §§ 957, 971, 983 und 1368 die Verwahrung, die Leihe, das Darlehen und den Pfandvertrag als Realverträge konstruiert. Es unterscheidet dort

[30]) vgl. z. B. den sogen. Rentengutsvertrag im Sinne des Art. 12, § 1 Pr. AGBGB. Dieser ist ein Vorvertrag, durch den sich die Vertragsparteien zum Abschluß des Rentengutsrezesses, der unter Mitwirkung des Kulturamtsvorstehers zwischen dem Siedlungsunternehmer und dem Siedler geschlossen wird, verpflichten; ferner z. B. die Vorverträge zu Kaufverträgen, welche der anerbengerichtlichen Genehmigung (§ 37 REG) bedürfen.

[31]) So z. B. bei den Vorverträgen zu den Veräußerungsverträgen im Sinne des § 37 REG. Dazu Baumecker, Handbuch des ges. Reichserbhofrechts 1935, § 37 V, Anm. 3; ebenso der Vorvertrag zu Grundstücksverkäufen, welche im Sinne der Grundstücksverkehrsbekanntmachung in der Fassung der VO. vom 26. 1. 37, RGBl. I, S. 35, der landrätl. Genehmigung bedürfen. S. ferner auch RG. i. JW. 1936/2404, Nr. 21.

[32]) vgl. §§ 957, 971, 983, 1368 ABGB (Text s. S. 5, Note d 3). Dazu die entsprechenden Erl. von Swoboda und Klang in Komm. von Klang.

scharf zwischen dem eigentlichen Leih-, Verwahrungs-, Darlehns- und Pfandvertrag, welcher durch die Hingabe der Sache begründet wird, und dem bloßen Versprechen, eine Sache zu leihen, zu verwahren, als Darlehen oder Pfand zu geben. Die herrschende österreichische Rechtslehre leitet hieraus mit Recht auch die Existenzmöglichkeit des Vorvertrages zu dem entsprechenden Realvertrag her [33]). Die Richtigkeit dieser Auffassung wird vom Gesetzgeber selbst für den praktisch bedeutsamsten Fall, nämlich das Darlehnsversprechen, außer Zweifel gestellt (§ 983). In dieser Bestimmung wird ausdrücklich auf § 936 Bezug genommen. Dieser Hinweis ist zwar vom rechtlichen Standpunkt aus überflüssig, da er etwas Selbstverständliches besagt. Er darf insbesondere nicht zu der negativen Folgerung verleiten, daß die Versprechensverträge zur Leihe oder Verwahrung anders zu beurteilen seien. Auch diese Verträge unterliegen als echte Verabredungen eines künftigen Vertrages den Normen des § 936, was auch in der österreichischen Rechtslehre allgemein anerkannt ist [34]). Die Frage, welche Vertragstatbestände unter den Begriff des Vorvertrages fallen, ist ausschließlich aus § 936 zu beantworten. Deshalb rechtfertigt die gleiche Formulierung des Pfandversprechens in § 1368 in Übereinstimmung mit den übrigen Versprechensverträgen zu den Realverträgen der §§ 957, 971, 983 noch keineswegs den Schluß, daß auch das Pfandversprechen im Verhältnis zum dinglichen Pfandvertrag (§ 1368 Satz 1) die Verabredung eines künftigen Vertrages im Sinne des § 936 sei [35]). Dies ist vielmehr abzulehnen [36]). Die gegenteilige Annahme ist mit dem Wesen und Zweck der Vertragsverabredung, welche die künftige Begründung eines bestimmten Vertragsverhältnisses auf der Grundlage des freien Parteiwillens vorbereiten und sichern will, sowie mit dem Rechtscharakter der abstrakten dinglichen Verträge als unmittelbarer Rechtsänderungsakte nicht vereinbar [37]).

---

[33]) Ehrenzweig II, 1: §§ 357 I, 360 I, 361 I; 12: § 273 II und insbes. v. Schey, S. 36 ff; 43 ff; 172 ff; 189 ff; 284 ff; ferner: Krasnopolski III, §§ 67, 68, 69; Swoboda und Klang in Komm. von Klang zu §§ 957, 971, 983, 1368; Stubenrauch, Erl. z. d. zit. §§. Ebenso die Rspr. vgl. bei Schey a. O. Für einen Konsensualvertrag dagegen: Hasenöhrl I, § 26, Anm. 36, Kirchstätter-Maitisch zu §§ 936, 957, 971, 983, 1368.

[34]) vgl. Ehrenzweig a. O., S. 52, Note 31; Mayr a. O., v. Schey a. O., Swoboda (Klang) a. O. Die Vorschriften der §§ 957, 971, 983, 1368 ABGB sind im Gegensatz zu den Bestimmungen des deutschen BGB über Realverträge nicht dispositiver Natur. Vgl. v. Schey, S. 37, Ziffer 7.

[35]) So unrichtig: Gschnitzer (Klang) zu § 936, Stubenrauch: zu § 936 und § 1368, Steinlechner in Grünhut's Zeitschr. 26/205 ff.

[36]) So zutreffend auch Ehrenzweig II, 1, § 313 IV, und I, 2, § 273 II; Mayr, § 313 4a; Klang (Komm.) zu § 1368 II, 1 und 3; Pfersche, Not. Z. 1910, S. 102 ff.

[37]) vgl. hierzu die Ausführungen S. 7, 9 ff und S. 12.

Das ABGB hat weiterhin auch die Frage nach der Möglichkeit des Vorvertrages bei den Kosensualverträgen positiv-rechtlich entschieden In § 936, welcher hierfür maßgebend ist, wird die Verabredung jedes beliebigen Vertrages ohne Unterscheidung zwischen konsensualen oder realen Hauptverträgen für rechtlich möglich erachtet. Soweit einzelne Schriftsteller [38]) den Vorvertrag beim Konsensualvertrag leugnen, weil beide Verträge angeblich inhaltsgleich und deshalb identisch seien, steht dem schon das Gesetz entgegen. Im übrigen beruht diese Ansicht auf unrichtigen Erwägungen, wie bereits dargelegt wurde [39]).

Es ist hiernach in Übereinstimmung mit der herrschenden österreichischen Rechtslehre und der Rechtsprechung davon auszugehen, daß der Vorvertrag im Sinne des § 936 als einseitig und zweiseitig verpflichtender Vertrag sowohl bei den Real- als auch den Konsensualverträgen rechtlich möglich und gesetzlich zulässig ist [40]).

Seine praktische Anwendung ergibt sich auch für das österreichische Rechtsgebiet überall da, wo dem Interesse der Parteien am Abschluß des beabsichtigten Hauptvertrages aus tatsächlichen oder rechtlichen Gründen nicht sofort genügt werden kann, und demgemäß eine Sicherstellung des Hauptvertragsschlusses einem oder beiden Kontrahenten erwünscht ist.

Durch die besonderen Normen des § 936, insbesondere die Bestimmungen über die clausula rebus sic stantibus [41]) und das Erlöschen des Vorvertrages nach Zeitablauf [42]) wird hier die praktische Bedeutung des Vorvertrages wesentlich erhöht.

---

[38]) Kirchstedter-Maitisch zu § 936, Geller, Z. Bl. 1, S. 141 ff.

[39]) vgl. die Ausführungen zu A. dieses Paragraphen. Ferner insbes. Pfaff, S. 342.

[40]) vgl. die Zit. zu Note 33. Ferner schon Zeiller II, S. 149. Zur Rechtspr. insbes.: Gl.-U. 3079, 7022; Gl.-U. 336, 13033; ferner Oberst. Ger. H. in Gerichtshalle 1895, Nr. 22 (pactum de vendendo).

[41]) vgl. § 8.

[42]) vgl. § 9.

Kapitel 3:

Die Erfordernisse des Vorvertrages.

§ 5: Der Inhalt des Vorvertrages.

A. Deutsches Recht.

Obschon der Vorvertrag nach Zweck und Funktion sich lediglich als Vorläufer und Wegbereiter des Hauptvertrages darstellt, ist die Frage nach den rechtlichen Erfordernissen nicht vom Standpunkt des Hauptvertrages aus, sondern unter dem Gesichtspunkt des Vorvertrages als eines rechtlich selbständigen Vertrages mit besonderem Leistungsinhalt zu beantworten.

Der Vorvertrag begründet die (einseitige oder wechselseitige) Verpflichtung zum Abschluß eines anderen Vertrages, des sogenannten Hauptvertrages. Sein Inhalt ist demnach scharf zu unterscheiden von dem Inhalt des Hauptvertrages, der ja nach dem Parteiwillen die verschiedenartigsten tatsächlichen und rechtlichen Leistungen zum Gegenstand haben kann (reale Sachleistungen, Rechtsänderungsakte, Unterlassungen u. a.).

Die Leistung aus dem Vorvertrage (Abschluß des Hauptvertrages) ist rechtlich unabhängig von dem Gegenstand des Hauptvertrages zu beurteilen. Sie kann objektiv möglich, gesetzlich erlaubt und sittlich gerechtfertigt sein, während die Leistung aus dem Hauptvertrag unmöglich, gesetzwidrig und sittenwidrig ist; und ebenso können die Verhältnisse umgekehrt liegen [1]).

Die Gültigkeitserfordernisse des Vorvertrages sind unter Berücksichtigung der Besonderheiten seines Leistungsinhalts zu bestimmen.

Jeder Schuldvertrag muß, um gültig zu sein,

1. ein schutzwürdiges Interesse verfolgen,
2. auf eine objektiv mögliche Leistung gerichtet sein (§ 306),
3. gesetzlich erlaubt sein (§ 134),
4. im Rahmen der guten Sitten liegen (§ 138),
5. in seinem Inhalt bestimmt oder bestimmbar sein (vgl. S. 50 ff.).

---

[1]) vgl. Beispiele weiter unten.

Zu 1: Das schutzwürdige Interesse ergibt sich beim Vorvertrag aus dem spezifischen Zweck der Sicherung des Hauptvertragsschlusses und seiner bseonderen Leistung, der Begründung eines Rechtsgeschäfts (des Hauptvertrages). Der Vorvertrag kann aber den Schutz der staatlichen Rechtsordnung nur unter der Voraussetzung genießen, daß er einen gültigen Hauptvertrag ins Lebens zu rufen bezweckt. Am Abschluß eines nichtigen Hauptvertrages hat vernünftigerweise niemand ein Interesse. Die Leistung aus dem Vorvertrag muß stets ein rechtsgültiger Hauptvertragsschluß sein. Auch der Hauptvertrag muß ein schutzwürdiges Interesse verfolgen; denn anderenfalls wäre er unverbindlich und folglich auch für einen rechtsgültigen Vorvertrag kein Raum, da diesem ebenfalls das Rechtsinteresse fehlen würde.

Zu 2: Der Abschluß des Hauptvertrages wird als reiner Willenserklärungsvorgang regelmäßig möglich sein, so daß nur selten Fälle denkbar sind, in denen die Parteien den Hauptvertrag tatsächlich nicht schließen können (§ 306), so etwa wenn z. B. der Vorvertrag durch einen Vertreter geschlossen wird und der Vertretene, welcher den Hauptvertrag persönlich schließen muß, bereits verstorben war.

Da der Vorvertrag den Abschluß eines rechtsgültigen Hauptvertrages erfordert, gehören ferner auch die Fälle hierher, in denen die Unmöglichkeit nicht auf tatsächlichem, sondern auf rechtlichem Gebiet liegt, d. h. ein rechtsgültiger Hauptvertrag nicht zustande kommen kann. Dies trifft beispielsweise zu, wenn der Hauptvertrag wegen objektiver Unmöglichkeit der Leistung nichtig sein würde (z. B. der zu verkaufende Gegenstand ist bereits vernichtet, § 306). Hier ist aber zu unterscheiden, ob die Unmöglichkeit der aus dem Hauptvertrag zu erbringenden Leistung schon beim Abschluß des Vorvertrages vorlag oder erst später eingetreten ist. Nur im ersteren Fall ist der Vorvertrag gemäß § 306 nichtig, während im letzteren Falle nachfolgende Unmöglichkeit der Vorvertragsleistung in Betracht kommt (§ 275). Für die Beurteilung der Frage, ob der Vorvertrag eine von vornherein mögliche Leistung, nämlich einen rechtsgültigen Hauptvertragsschluß zum Gegenstand hat, ist hiernach die Möglichkeit oder Unmöglichkeit der künftigen Leistung aus dem Hauptvertrag wesentlich. Hierbei ist stets der Zeitpunkt des Vorvertragsschlusses maßgebend. Da der Vorvertrag auf einen rechtsgültigen Hauptvertragsschluß gerichtet sein muß, ist, genau betrachtet, auch in den Fällen, in denen der Hauptvertrag gegen § 134 oder 138 BGB verstößt und somit nichtig sein würde, der Tatbestand einer objektiven Unmöglichkeit des Vorvertrages gegeben (§ 306). Die allgemeinen Vertragserfordernisse der Ziffern 3 und 4 auf Seite 46 ge-

hören daher beim Vorvertrag bereits zu den Voraussetzungen einer objektiv möglichen Leistung (Ziffer 2, S. 46). Die beiden Fälle der Gesetzwidrigkeit (§ 134) und Sittenwidrigkeit (§ 138) des Vorvertrages sollen aber ihrer Bedeutung wegen im folgenden gesondert betrachtet werden.

Der Vorvertrag verstößt gegen ein gesetzliches Verbot, wenn entweder sein Abschluß oder sein Inhalt verboten ist. Der Fall, daß der Vorvertragsschluß selbst unter die Verbotsnorm fällt, ist wie bei jedem anderen Vertrag zu beurteilen und bietet keine Besonderheiten. Für die Feststellung, ob dagegen ein inhaltlicher Gesetzesverstoß vorliegt, sind der Leistungsgegenstand des Vorvertrages und die Auslegung der Verbotsnorm von besonderer Bedeutung.

Verbietet das Gesetz den Hauptvertrag als solchen, so widerspricht der dazu gehörige Vorvertrag, der den Abschluß des verbotenen Hauptvertrages zum Gegenstand hat, ebenfalls dem Gesetz. Hierbei ist es gleichgültig, ob die Verbotsnorm sich ausdrücklich gegen die Vornahme des Hauptvertragsschlusses oder allgemein gegen den Inhalt des Hauptvertrages richtet. So liegt beispielsweise ein gesetzwidriger Vorvertrag vor, wenn zwischen einem Juden und einer arischen Hausangestellten unter 45 Jahren ein Dienstvertrag verabredet wird, der eine Beschäftigung im Haushalt des Juden zum Gegenstand hat (§ 3 Blutschutzgesetz); denn nach dem weitgehenden Zweck dieser Bestimmung, welche die weibliche arische Staatsangehörige gegen die im Haushalt eines Juden drohenden Angriffe auf Person und Ehre schützen und wegen dieser Gefährdung schlechthin jede Betätigung in diesem Wirkungskreis verbieten will, ist bereits der Abschluß eines hierauf gerichteten Dienstvertrages verbotswidrig. Daraus ergibt sich, daß auch der entsprechende Vorvertrag, der einen solchen verbotenen Dienstvertrag betrifft, gegen das Gesetz verstößt (§ 134).

Ob der auf einen verbotenen Hauptvertrag gerichtete Vorvertrag nichtig ist, hängt von Zweck und Tragweite der verbietenden Rechtsnorm ab. In dem obigen Beispiel wird man die Nichtigkeit des Vorvertrages (ebenso des Hauptvertrages) zu folgern haben. In vielen Fällen erklärt das Gesetz die verbotenen Verträge ausdrücklich als nichtig (z. B. §§ 310, 312, 2302). Vorverträge, welche zum Abschluß derartiger Verträge verpflichten sollen, sind somit nichtig (§ 134).

Wenn dagegen die Verbotsnorm nicht die Vornahme eines bestimmten Rechtsgeschäfts schlechthin verbieten, sondern andere Zwecke verfolgen will (z. B. zoll- und steuerrechtliche, verkehrs- und

gewerbepolizeiliche Zwecke), so ist der auf solche Hauptverträge gerichtete Vorvertrag ebensowenig nichtig wie der entsprechende Hauptvertrag. Der Vorvertrag ist ferner nichtig, wenn sein Abschluß oder Inhalt gegen die guten Sitten verstößt, § 138. Auch hier ist zunächst der eigene Inhalt des Vorvertrages maßgebend. Der Vorvertrag ist unsittlich, wenn die durch ihn begründete Bindung von moralwegen frei sein muß. So sind z. B. alle Vereinbarungen über einen künftigen familienrechtlichen Vertragsschluß unwirksam, weil die Handlungsfreiheit bei solchen Entschlüssen unbedingt gewahrt bleiben muß und keinen rechtlichen Zwang verträgt [2]). Das Moment der Unsittlichkeit folgt hier nicht etwa aus dem Hauptvertrag — der ja sittlich vollkommen gerechtfertigt sein kann —, sondern aus der Eigenart solcher Abmachungen selbst, die in der Bindung des Willensentschlusses des Verpflichteten zum Ausdruck kommt. Vereinbarungen, die zu familienrechtlichen Willensentschlüssen verpflichten sollen, scheiden als Anwendungsfälle des hier vertretenen Vorvertragsbegriffs von vornherein aus (vgl. S. 13 ff.).

Diese durch den Vorvertrag gegebene Beschränkung der rechtsgeschäftlichen Willens- und Handlungsfreiheit verträgt insbesondere auch keine allzulange Dauer; deshalb werden Vorverträge, bei denen der Fälligkeitstermin für den Abschluß des Hauptvertrages etwa auf Jahre oder Jahrzehnte hinausgeschoben ist, stets unter dem Gesichtspunkt des § 138 auf ihre Wirksamkeit hin zu überprüfen sein. Der Vorvertrag soll ja seiner Zweckbestimmung nach nur eine vorübergehende Zwischenbindung zur Überbrückung von Hindernissen des Hauptvertragsschlusses sein. Bei der Beurteilung einer langfristigen Vorvertragsbindung wird daher ein strenger Maßstab bezüglich der Anwendung des § 138 anzulegen sein und deren Gültigkeit nur dann zu bejahen sein, wenn besondere Umstände dies rechtfertigen. Gegenüber dieser Rechtslage nach dem BGB bietet die Sonderregelung des § 936 ABGB mit ihrer zeitlichen Begrenzung des Vorvertrages für das österreichische Recht erhebliche Vorzüge (vgl. hierüber S. 56, 57, 102).

Die Sittenwidrigkeit des Vorvertrages kann aber auch dadurch begründet sein, daß der Hauptvertrag, dessen Abschluß erstrebt wird, gegen die guten Sitten verstößt; dann ist auch der Zweck des Vorvertrages sittlich zu mißbilligen. Der unsittliche Gesamtcharakter des Vorvertrages und des Hauptvertrages ist in solchen Fällen trotz der rechtlichen Selbständigkeit beider Verträge durch den spezifischen

---

[2]) vgl. S. 13 ff.

Zweck und die präparatorische Funktion des Vorvertrages gegeben [3]).

Zu 5: Ein weiteres Erfordernis aller Verträge ist, daß ihr Inhalt bestimmt oder mindestens bestimmbar sein muß.

Da der Vorvertrag einen konkreten Hauptvertrag mit bestimmtem Inhalt zum Gegenstand hat — ein Hauptvertrag in abstracto scheidet wegen völliger Unbestimmtheit aus —[4]) fragt sich, in welchem Umfange die Punkte des Hauptvertrages bereits im Vorvertrag festgelegt sein müssen, damit der Vorvertrag wirksam ist [5]). Mit dem bloßen Hinweis, daß der Inhalt des Hauptvertrages im Vorvertrag hinreichend oder genügend bestimmt sein müsse [6]), ist die Frage nicht beantwortet; denn es kommt darauf an, einen Maßstab für das „hinreichend" oder „genügend" zu zeigen. Eine ältere Ansicht geht dahin, daß der Vorvertrag den Inhalt des Hauptvertrages soweit erkennen lassen müsse, daß Art und Umfang der durch den Hauptvertrag zu schaffenden Belastung einer Partei nicht lediglich von der freien Willkür des Gegners abhängen [7]). Schließlich wird auch heute mitunter behauptet, daß für den Vorvertrag da Raum sei, wo der Inhalt des Hauptvertrages noch unbestimmt ist [8]).

Diese Ansichten sind insofern unrichtig, als sie bei der Beurteilung der Inhaltserfordernisse an den Vorvertrag andere Anforderungen stellen als an den Hauptvertrag. Es ist nicht einzusehen, weshalb für den Vorvertrag hinsichtlich seiner Inhaltsbestimmtheit etwas anderes gelten soll als für den Hauptvertrag und alle anderen Verträge. Für jeden Vertrag gilt aber der Grundsatz, daß sein Inhalt zumindest unter Heranziehung der gesetzlichen Ergänzungsvorschriften (z. B. §§ 612, 2; 653, 2; 315 ff. BGB) bestimmbar sein muß [9]).

Für den Vorvertrag ist demnach ausreichend und erforderlich, daß die einzelnen Punkte des beabsichtigten Hauptvertrages aus ihm (Vorvertrag) in solchem Umfange ersichtlich oder bestimmbar sind,

---

[3]) Z. B. ein Wirt verpflichtet sich, demnächst sein Hotel zwecks Einrichtung und Betrieb eines Bordells an jüdischen Interessenten zu verpachten.

[4]) vgl. hierzu ein Beispiel aus der Praxis: RG. 106/177 ff.

[5]) vgl. insbes.: Degenkolb, S. 800 ff, Thöl I, § 246 VI, Bechmann II, § 191, S. 273, Göppert, S. 417, Regelsberger in Endemann's Handbuch des Handelsrechts II S. 418, RGRK., Vorbem. zu § 145 und zu § 433 5 d, e. Deiter, S. 52, Böttcher, S. 45.

[6]) vgl. Motive I, S. 178, Windscheid, Pand. II, § 310, S. 251; ebenso § 936 ABGB: „Wesentliche Stücke" des Vertrages. (Darüber s. zu B.)

[7]) Regelsberger a. O., Göppert a. O.

[8]) so namentlich Robe i. RGRK. Erl. zu § 433 5 d, e; ferner: Degenkolb, S. 81.

[9]) vgl. hierzu Enneccerus-Lehmann, Schuldverhältnisse, § 5, S. 15; Kress, Schuldrecht, S. 204.

daß sie im Streitfall bei Anwendung der §§ 315 ff. richterlich festgestellt werden können [10]).

Es ist hiernach unmöglich, die Existenz eines wirksamen Vorvertrages zu einem inhaltlich noch unbestimmten und auch nicht bestimmbaren Hauptvertrag zu bejahen [11]).

Wann hiernach ein inhaltlich bestimmbarer Vorvertrag gegeben ist, kann nur von Fall zu Fall entschieden werden, weil der Inhalt des Vorvertrages je nach dem konkreten Hauptvertrag verschieden ist. Zunächst ist der ausdrücklich ausgesprochene oder den Umständen zu entnehmende Parteiwille zu berücksichtigen. Ist hieraus der Leistungsinhalt nicht genügend zu ersehen, sind die ergänzenden Rechtssätze heranzuziehen [12]) (§§ 315 ff.; 612, 2; 632, 2; 653, 2; BGB, § 59 HGB). Erst wenn diese nicht Platz greifen, also kein Weg gegeben ist, auf dem die Unbestimmtheit behoben werden kann, ist der Vorvertrag mangels inhaltlicher Bestimmbarkeit unwirksam [13]).

Der Vorvertrag muß also zumindest die Feststellung der essentialia des Hauptvertrages und ferner der naturalia ermöglichen, soweit sie von den Parteien für wesentlich erachtet worden sind; denn bei fehlender Einigung hierüber würde der Hauptvertrag nicht wirksam zustande kommen (§ 154) und der Vorvertrag unverbindlich sein. So ist z. B. beim Vorvertrag zu einem Kauf zumindest die Einigung der Parteien über die Sache oder das Recht, die verkauft werden sollen, sowie über den Kaufpreis erforderlich. Es genügt auch nicht, daß nur eine äußerste Preisgrenze nach oben festgesetzt ist [14]) oder gar die einzelnen Verkaufsbedingungen ausdrücklich dem späteren Hauptvertrag vorbehalten sind [15]).

Der Umfang der Leistung und die Person desjenigen, der hierüber bestimmen soll, sind auch beim Vorvertrag unter Berücksichtigung der §§ 315, 316 festzustellen. Bei der Anwendung des § 316 auf den Vorvertrag ist jedoch zu beachten, daß die beiderseitigen Vertragsschlußerklärungen nicht im Verhältnis von Leistung und Gegen-

---

[10]) So auch: Riezler (Staudinger) a. O., Warneyer a. O., RGK. zu § 145 Vorbem. und RG. 66/121, 124/81 ff (dort weitere Zitate).

[11]) So völlig unzutreffend: Lobe, RGRK. zu § 433 Erl. 5 d, e; ähnlich Degenkolb, S. 80 ff, Leonhard, S. 291, und Oertmann, Vorbem. zu § 155. Richtig dagegen insbes. RG. 124/83.

[12]) Es genügt hierbei das Vorhandensein objektiver Merkmale, die eine Feststellung des Leistungsumfanges ermöglichen. Vgl. dazu für andere Verträge JW. 1912, S. 73, Nr. 11, RG. 104/116.

[13]) vgl. RG. 106/176.

[14]) vgl. RG. 124/83.

[15]) vgl. als Beispiel eines derart unbestimmten Vorvertrages aus der neueren Praxis den Fall in JW. 1936/2404, Nr. 21.

leistung stehen[16]), die Vorschrift also nicht unmittelbar anwendbar ist. Man wird jedoch sinngemäß zu folgern haben, daß diejenige Partei, welche die Gegenleistung aus dem Hauptvertrag zu fordern und folglich deren Umfang zu bestimmen hat (§ 316), auch beim Abschluß des Hauptvertrages dessen Inhalt bezüglich der noch klarzustellenden Punkte bestimmen soll[17]).

Das Erfordernis der Bestimmbarkeit der Leistung gilt aber nicht nur für den Gegenstand des Vorvertrages, sondern auch für die Zeit und den Ort des Hauptvertragsschlusses (als Modalitäten der Leistung).

Für die Frage, wann der Vorvertrag zu erfüllen ist, ist nicht maßgebend, was der Hauptvertrag über seine Leistungszeit bestimmt. Die Leistung aus dem Vorvertrag, nämlich der Abschluß des Hauptvertrages, kann und wird regelmäßig in einem Zeitpunkt erfolgen, in dem die Leistung aus dem Hauptvertrag noch gar nicht möglich oder beabsichtigt ist. Der Zeitpunkt des Hauptvertragsabschlusses ist vielmehr aus dem eigenen Inhalt des Vorvertrages zu entnehmen. Wenn darin nichts ausdrücklich bestimmt ist und auch die gesamten Umstände keine Anhaltspunkte ergeben, fragt es sich, ob die Leistungszeit für den Vorvertrag auf Grund ergänzender Rechtssätze bestimmbar ist. Das BGB bestimmt in solchen Fällen für den Schuldvertrag im allgemeinen, daß der Gläubiger die Leistung sofort verlangen, der Schuldner sie sofort bewirken kann (§ 271, Abs. I). Diese Dispositivnorm ist jedoch auf den Vorvertrag schon mit Rücksicht auf seine besondere Natur, die ebenfalls zu den Umständen im Sinne des Satz 1 § 271 gehört, nicht anwendbar. Der Vorvertrag dient seinem wirtschaftlichen Zweck und seiner eigentümlichen Funktion nach der gegenwärtigen Sicherung eines erst künftig beabsichtigten Vertragsschlusses und hat seine Berechtigung gerade in den Fällen, in denen der Abschluß des Hauptvertrages aus tatsächlichen oder rechtlichen Gründen nicht sofort erfolgen kann. Die „Umstände" im Sinne des § 271 Abs. I stehen also beim Vorvertrag der Anwendbarkeit dieser Bestimmung stets entgegen[18]). Damit ist jedoch nur negativ gesagt, daß die sofortige Erfüllung für den Vorvertrag nicht in Betracht kommt. Über die positive Bestimmbarkeit des Leistungszeitpunktes ist dagegen aus der Natur des Vorvertrages nichts zu ent-

[16]) Vgl. S. 40.

[17]) So richtig: Bergler, S. 34. Vgl. auch RG. 60/178.

[18]) Dies ist der eigentliche Grund für die Unanwendbarkeit des § 271, Abs. I. Die Vorschrift würde an sich anwendbar sein, da eine Zeit auch beim Vertrag aus den Umständen nicht positiv zu entnehmen ist (sondern nur das Negativum: keine Sofortleistung).

nehmen. Die ergänzenden Bestimmungen der §§ 315, 316 können ebenfalls nicht herangezogen werden, da sie nur solche Fälle betreffen, in denen die Bestimmung der Leistung durch einen der Vertragsschließenden oder einen Dritten erfolgen soll; § 316 spricht andererseits lediglich von dem Umfang der Gegenleistung, umfaßt also nicht auch die Zeit[19]). Für die Zeit der Erfüllung des Vorvertrages sind hiernach ergänzende Rechtssätze nicht gegeben.

Daraus folgt, daß der Vorvertrag im Gegensatz zu anderen Schuldverträgen stets eine ausdrücklich oder stillschweigend getroffene (aus den Umständen zu entnehmende) Vereinbarung über die Zeit des Hauptvertragsabschlusses erfordert; fehlt es hieran — das ist auch bei unbegrenzter Dauer der Bindung der Fall —, so ist der Vorvertrag mangels Bestimmbarkeit eines wesentlichen Teils seines Inhalts unverbindlich[20]).

Auch der Ort, an dem der Hauptvertrag geschlossen werden soll, ist unabhängig von dem Erfüllungsort des Hauptvertrages aus dem Inhalt des Vorvertrages zu bestimmen. Der Hauptvertrag kann dort erfüllt werden, wo der Abschluß des Vorvertrages gegebenenfalls unmöglich ist und umgekehrt braucht die Leistung aus dem Hauptvertrag keineswegs dort möglich zu sein, wo der Vorvertrag zu erfüllen ist.

Ergibt sich aus dem Vorvertrag nichts über den Ort des Hauptvertragsschlusses, so greift die ergänzende Regel des § 269 Platz. Danach sind zunächst die Umstände, insbesondere die Natur des Vorvertrages maßgebend. Diese ergibt jedoch insoweit keine Besonderheiten; insbesondere kann nicht aus dem Leistungsgegenstand des Vorvertrages (Abgabe der Vertragsschlußerklärung) gefolgert werden, daß der Vorvertragsschuldner die Willenserklärung stets am Wohnsitz des Erklärungsempfängers abzugeben habe[21]). Vielmehr ist gemäß § 269 davon auszugehen, daß der Hauptvertrag an dem Ort zu schließen ist, wo der Schuldner aus dem Vorvertrag zur Zeit des Vorvertragsschlusses seinen Wohnsitz hatte[22]).

B. Österreichisches Recht.

Die Rechtsgrundsätze des österreichischen Rechts über die allgemeinen Erfordernisse eines Vertrages (vgl. insbesondere §§ 878,

---

[19]) Das übersehen offenbar Kerstjens, S. 24, und Böttcher, S. 47.
[20]) Siehe auch: Bechmann II, S. 274, Deiter, S. 53, Geller, S. 26, Bergler, S. 36.
[21]) So unrichtig: Breit, Gruchot 55/22.
[22]) Vgl. auch: Kerstjens S. 22, Deiter, S. 54, Berndt, S. 45.

879)[23]) entsprechen denjenigen des deutschen Reichsrechts (§§ 134, 138, 306 BGB). Bei der Anwendung auf den Vorvertrag ist auch hier stets zu unterscheiden zwischen der Leistung des Vorvertrages (Abschluß des Hauptvertrages) und der Leistung aus dem Hauptvertrag und demgemäß gesondert zu prüfen, ob die Voraussetzungen der Unmöglichkeit, der Sittenwidrigkeit und Gesetzwidrigkeit gegeben sind

Die besonderen Erfordernisse der Verabredung eines künftigen Vertrages sind vom österreichischen Gesetzgeber in der Spezialregelung des § 936 berücksichtigt.

§ 936 hebt mit besonderem Nachdruck hervor, daß der Vorvertrag nur dann verbindlich ist, „wenn sowohl die Zeit der Abschließung (des künftigen Hauptvertrages) als die wesentlichen Stücke des Vertrages bestimmt" sind.

Es fragt sich zunächst, welche Bedeutung der Satz hat, daß die wesentlichen Stücke des Hauptvertrages bestimmt sein müssen. Die Ausdrucksweise des Gesetzes legt die Annahme nahe, daß der Vorvertrag noch nicht alle Stücke des Hauptvertrages, sondern nur die „wesentlichen" zu umfassen brauche, und daß der übrige Inhalt dagegen der künftigen Bestimmung im Hauptvertrag vorbehalten werden könne ,insoweit also ein Unterschied zwischen Vorvertrag und Hauptvertrag vorhanden sei. Das Gesetz ist seinem Wortlaut nach aber gerade im wesentlichen Punkt unbestimmt. Es sagt nichts darüber, was unter „wesentlich" zu verstehen ist[24]). Für die Auslegung maßgebend kann nur der Zweck der Norm sein[25]). Die Verabredung eines künftigen Vertrages hat nur Sinn, wenn die aus ihr entstehende Bindung so vollständig ist, daß das Zustandekommen des Hauptvertrages dadurch gesichert ist. Das ist der Fall, wenn der Vorvertrag bereits alle diejenigen Punkte des Hauptvertrages umfaßt, ohne deren Regelung auch der Hauptvertrag nicht wirksam entstehen kann. Dies sind die „wesentlichen Stücke" des Vertrages im Sinne des Gesetzes.

Auch im österreichischen Recht ist anerkannter Grundsatz, daß der Inhalt eines Vertrages mindestens bestimmbar sein muß[26]).

---

[23]) § 878 lautet (Satz 1): „Was geradezu unmöglich ist, kann nicht Gegenstand eines gültigen Vertrages werden." § 879, Satz 1, lautet: „Ein Vertrag, der gegen ein gesetzliches Verbot oder gegen die guten Sitten verstößt, ist nichtig."

[24]) Das Gesetz sagt insoweit nicht mehr als die Motive zum deutschen BGB (I, S. 178).

[25]) Übereinstimmend: Gschnitzer (Klang) zu § 936, Erl. II, 1.

[26]) Schlesinger (Klang) zu § 861, Erl. II, 3 b.

Für den Vorvertrag ergibt sich somit, daß sein gesamter Inhalt einschließlich derjenigen Punkte, welche sich auf den abzuschließenden Hauptvertrag und dessen Inhalt beziehen, bei Auslegung nach den §§ 914, 915 ABGB [27]) unter Berücksichtigung der Verkehrssitte sowie der im Einzelfall gegebenen gesetzlichen Dispositivnormen richterlich feststellbar sein muß [28]). Andernfalls ist der Vorvertrag unverbindlich.

Es ist demnach im Einzelfall stets zu prüfen, ob der Hauptvertrag nach den dargelegten Gesichtspunkten gültig ist, und danach die Frage zu entscheiden, ob auch der Vorvertrag insoweit genügend bestimmt ist. Die Praxis ist nicht einheitlich, oft geradezu widerspruchsvoll, und läßt die erforderliche Klarheit in diesem Punkt vielfach vermissen [29]).

§ 936 fordert weiterhin, daß die Zeit der „Abschließung" des Hauptvertrages bestimmt sein muß.

Es fragt sich, ob auch hier bloße Bestimmbarkeit ausreichend ist. Dies ist insoweit zu verneinen, als die Bestimmbarkeit nicht lediglich durch Dispositivnormen gegeben sein darf. Die allgemeine Regel des § 904 [30]), wonach mangels einer Zeitvereinbarung die Leistung aus einem Vertrage sogleich gefordert werden kann, ist, wie bereits dargelegt wurde, mit dem Wesen des Vorvertrages nicht vereinbar; im

---

[27]) § 914 lautet: „Bei Auslegung von Verträgen ist nicht an dem buchstäblichen Sinne des Ausdrucks zu haften, sondern die Absicht der Parteien zu erforschen und der Vertrag so zu verstehen, wie es der Übung des redlichen Verkehrs entspricht." § 915: „Bei einseitig verbindlichen Verträgen wird im Zweifel angenommen, daß sich der Verpflichtete eher die geringere als die schwerere Last auferlegen wollte; bei zweiseitig verbindlichen wird eine undeutliche Äußerung zum Nachteil desjenigen erkläret, der sich derselben bedient hat." (§ 869.)

[28]) Mit Recht bemerkt Kirchstätter zu § 936, daß dies Ergebnis sich auch ohne die ausdrückliche Bestimmung des § 936 verstehen würde. — Vgl. auch die herrschende Lehre: Gschnitzer (Klang) zu § 936, II, 1, Pfaff, S. 346 ff, Ehrenzweig II, 1, § 313, IV, Krasnopolski III, § 15, S. 75, Stubenrauch zu § 936; ferner Gl.-U. 3276, 4913, Gl.-U. N. F. 1216; weitere Zit. bei Gschnitzer a. O., Anm. 59.

[29]) Unrichtig: E. 4. III. 85, Gl.-U. 10456, und E. 6. XII. 11, Gl.-U. N. F. 5659, sowie E. 30. 11. 92, Gl.-U. 14500. Dort werden Vorvertrag und Hauptvertrag hinsichtlich ihrer Inhaltsbestimmtheit unterschiedlich behandelt. — Richtig läßt E. 25. VI. 1918, Gerichtshalle 1918/46, die Vereinbarung des Verkaufs eines von mehreren Grundstücken genügend bestimmt sein. Im Widerspruch hierzu soll nach E. 25. II 08, Gl.-U. N. F. 4142 die Verweisung auf den Selbstkostenpreis nicht genügend bestimmt sein. Ebenso soll nach E. 10. X. 1922 in Z. Bl. 1923/42 die Überlassung der Preisbestimmung an Dritte nicht ausreichen, trotzdem nach § 1056 ABGB beim Kauf die Festsetzung des Preises auch einem Dritten überlassen werden kann, der Hauptvertrag nach dieser Norm somit bestimmbar ist.

[30]) § 904, erster Satz, lautet: „Ist keine gewisse Zeit für die Erfüllung des Vertrages bestimmt worden, so kann sie sogleich, nämlich ohne unnötigen Aufschub gefordert werden."

übrigen dürfte für die Anwendung des § 904 neben der speziellen Bestimmung des § 936 kein Raum sein [31]).

Das in § 936 vorgesehene Erfordernis der zeitlichen Bestimmtheit des Hauptvertragsschlusses hat also im Gegensatz zu der anderen Regel über die wesentlichen Stücke des Vertrages eine einschränkende Bedeutung. Es schließt die Heranziehung gesetzlicher Dispositivnormen aus. Danach muß jeder Vorvertrag eine zumindest mittelbar, d. h. aus den Umständen zu entnehmende Vereinbarung über die Zeit des künftigen Vertragsschlusses enthalten [32]); andernfalls ist er unverbindlich.

Die besondere Bedeutung, die das Gesetz diesem Erfordernis beimißt, kommt darin zum Ausdruck, daß es die einjährige Ausschlußfrist, vor deren Ablauf bei Vermeidung des Erlöschens des Vorvertrages auf die Vollziehung gedrungen werden muß, von dem „bedungenen Zeitpunkt" an beginnen läßt [33]). Streitig ist, ob der zeitlichen Bestimmtheit nur dann genügt ist, wenn der Abschluß des Hauptvertrages für einen bestimmten Zeitpunkt bedungen ist [34]). Der Zweck der Gesetzesbestimmung rechtfertigt eine solche Einschränkung nicht. Es soll hierdurch nur eine sichere Begrenzung der verbindlichen Kraft des Vorvertrages erreicht und eine für die Parteien von vornherein feststehende Gewißheit über die Dauer der Bindung ermöglicht werden [35]). Das ist aber auch bei der Festsetzung eines bloßen Anfangstermins der Fall, da hier die einjährige Frist aus § 936 mit diesem Termin zu laufen beginnt [36]). Aus dem gleichen Grunde kann auch ein nur durch einen Endpunkt begrenzter Zeitraum für den Vertrags-

---

[31]) Zustimmend Pfaff, S. 346, Krasnopolski III, § 15, S. 75, v. Schey I, S. 38, Note 11, Gschnitzer (Klang) zu § 936, II, 2.

[32]) Eine ausdrückliche Bestimmtheit wird vom Gesetz nicht verlangt. Vgl. auch Gschnitzer a. O., E. 21. V. 12, Gl.-U. N. F. 5925. Die Vereinbarung der Zeit kann mithin auch stillschweigend erfolgen. Es muß jedoch auch hier die Möglichkeit einer indirekten Feststellung auf Grund objektiver, dem Vorvertrag zu entnehmender Richtlinien oder Merkmale ausreichend sein (lediglich ergänzende Rechtsnormen sind ausgeschlossen). Auch in diesem Punkt ist die Rechtsprechung nicht einheitlich, vgl. die E. v. 18. XII. 00, Gl.-U. N. F. 1216, in welcher die Zeitbestimmung „im Frühjahr" nicht für ausreichend angesehen wird. Vgl. andererseits E. 21. V. 1912, Gl.-U. XV. 5925, wonach ein ungewisses Ereignis (Bedingung) genügen soll.

[33]) vgl. darüber § 9 B.

[34]) So E. 18. XI. 75, Gl.-U. 6759, und E. 21. V. 12, Gl.-U. N. F. 5925, wonach ein bloßer Anfangstermin dem Erfordernis der Bestimmtheit nicht genügen soll. Dagegen mit Recht: Pfaff, S. 346 ff, Gschnitzer (Klang) zu § 936, Erl. II, 2.

[35]) Abweichend: Pfaff a. O.

[36]) Im Ergebnis ebenso: Ehrenzweig a. O., Anm. 73. (Im Gegensatz zu der früheren Aufl. des Krainz'schen Systems.)

schluß vereinbart werden; dann läuft die einjährige Frist erst vom Endtermin an [37]).

Über den Ort des Hauptvertragsschlusses schweigt § 936. Ist hierüber eine Parteivereinbarung weder ausdrücklich noch stillschweigend [38]) getroffen, so kommt die allgemeine, für alle Verträge geltende Regel des § 905 [39]) ABGB zur Anwendung. Danach ist der Leistungsort mangels einer Verabredung zunächst aus der Natur oder dem Zweck des Vertrages zu bestimmen. Da jedoch ein besonderer Erfüllungsort aus dem Wesen des Vorvertrages nicht herzuleiten ist, greift die subsidiäre Regel des § 905 Satz 1 Platz, wonach in solchem Falle grundsätzlich an dem Ort zu leisten ist, wo der Schuldner zur Zeit des Vorvertragsschlusses seinen Wohnsitz hatte [40]) (§ 905 Satz 1).

Die Inhaltserfordernisse der Verabredung eines künftigen Vertrages im Sinne des § 936 ABGB entsprechen hiernach den Rechtsgrundsätzen, die nach deutschem Recht mangels positivgesetzlicher Normen für den Vorvertrag gelten. Die Regelung des österreichischen Rechts hat jedoch unverkennbar den Vorzug, daß sie den Zeitraum für die Leistung aus dem Vorvertrag (Abschluß des Hauptvertrages) begrenzt [41]) und damit eine übermäßig lange Hinausschiebung des Hauptvertragsschlusses verhindert; dies würde den Vorvertragsschuldner regelmäßig schwer belasten. Dem bedungenen Zeitpunkt des Hauptvertragsschlusses ist vom österreichischen Gesetzgeber mit Recht eine besondere Bedeutung beigelegt. Man wird diesen richtigen Gedanken auch im deutschen Reichsrecht verwerten und einer allzu langen Fälligkeit des Hauptvertragsschlusses mit dem Gesichtspunkt des § 138 BGB begegnen müssen [42]).

---

[37]) So auch Gschnitzer a. O. und Pfaff a. O.

[38]) Dies wird regelmäßig bei Vorverträgen zu realen Hauptverträgen der Fall sein; hier ist stillschweigend der Leistungsort beabsichtigt, wo dem realen Vertragsschlußerfordernis genügt werden kann.

[39]) § 905, Abs. 1, lautet: „Kann der Erfüllungsort weder aus der Verabredung, noch aus der Natur oder dem Zweck des Geschäftes bestimmt werden, so ist an dem Ort zu leisten, wo der Schuldner zur Zeit des Vertragsabschlusses seinen Wohnsitz hatte, oder, wenn die Verbindlichkeit im Betriebe des gewerblichen oder geschäftlichen Unternehmens des Schuldners entstand, am Ort der Niederlassung. In Ansehung des Maßes, des Gewichtes und der Geldsorten ist auf den Ort der Erfüllung zu sehen."

[40]) § 905, der seine jetzige Fassung durch die Novelle vom 19. März 1916 erhalten hat, folgt der Regelung des § 269 BGB.

[41]) vgl. über den Lauf der Jahresfrist seit dem bedungenen Zeitpunkt des Hauptvertragsschlusses und die clausula r. s. st. § 9, S. 103 und § 8 B.

[42]) vgl. auch S. 49 und S. 97.

§ 6: Die Form des Vorvertrages.

A. Deutsches Recht.

Die praktisch bedeutsamste und gleichzeitig umstrittenste Frage aus dem Gebiet der Vorvertragslehre betrifft die Form des Vorvertrages [43]).

Ein Zweifel sollte zunächst darüber nicht bestehen, daß mangels einer gesetzlichen Vorschrift auch für den Vorvertrag der Grundsatz gelten muß: Ohne Norm keine Form [44]).

So selbstverständlich dies an sich sein mag, ist doch gerade beim Vorvertrag aus seiner besonderen Natur (präparatorische Funktion) der Satz hergeleitet worden, daß für ihn die Form des Hauptvertrages maßgebend sei [45]). Das ist jedoch völlig unzutreffend. Die Frage der Form des Vorvertrages kann nicht vom Standpunkt des Hauptvertrages beantwortet werden, indem das Formerfordernis des Hauptvertrages auch auf den Vorvertrag einfach übertragen wird [46]). Übersehen wird hierbei, daß der Vorvertrag seinem juristischen Dasein nach ein selbständiger Vertrag ist, der nach eigenen Voraussetzungen zu beurteilen ist. Die präparatorische Funktion des Vorvertrages und seine rechtszweckmäßige Unterordnung unter den Zweck des Hauptvertrages (Endzweck) dürfen nicht dazu verleiten [47]), Vorvertrag und Hauptvertrag auch in juristischer Beziehung als eine Einheit zu betrachten. Der Vorvertrag ist eben kein bloßes Vorbereitungsstadium (in rechtlicher Hinsicht!) oder eine „Vorverpflichtung" [48]), sondern eine selbständig existierende Rechtserscheinung (Vertrag). Für ihn gelten daher die allgemeinen für alle Schuldverträge maßgebenden Rechtsgrundsätze (insbesondere auch hinsichtlich der Form), nicht da-

---

[43]) vgl. hierzu: Motive I, S. 184; Degenkolb, S. 37 ff; Cosack, § 131, II, 1; Göppert, S. 415 ff; Kohler, Lehrb., § 246; Adler, S. 6; Eisele, Ztschr. f. Schweizer Recht, Bd. III, S. 25 ff; Rehbein zu § 145, II; Regelsberger, ziv. Erörter., § 139 ff; Windscheid, Pand., § 310; Endemann I, § 106, Nr. 10; Enneccerus-Nipperdey I, § 153, Note 20; Kerstjens, S. 28 ff; Deiter, S. 59 ff; Bergler, S. 40 ff; ferner die Komm. zu § 125 und § 145 (Vorbem.), und die Rspr. des RG., insbes.: 50/48, 66/120, 86/30, 103/384, 104/132, 106/176, 130/73 ff.

[44]) Übereinstimmend: Deiter, S. 60 ff; Bergler, S. 40; Berndt, S. 47; Kerstjens, S. 28; Steinhagen, S. 90 ff; Enneccerus-Nipperdey a. a. O.; ferner auch: Riezler, Vorbem. 8 zu § 145.

[45]) So insbes.: Das RG. a. a. O.; in Bd. 86/30 ff wird dieser Grundsatz erstmalig durchbrochen, aber dennoch beibehalten. Ferner: RGRK., Vorbem. 2 zu § 145; Warneyer, § 125, Erl. 5; Oertmann, § 125, Erl. 6; Planck zu § 125, Erl. 6.

[46]) Dieser Gesichtspunkt liegt der zu Note 3 zit. Ansicht zugrunde.

[47]) Hierauf weist schon Göppert, S. 415, zutreffend hin.

[48]) So Stintzing a. a. O.

gegen die besonderen für den Hauptvertrag vorgeschriebenen Erfordernisse.

Es kann hiernach nicht zweifelhaft sein, daß für den Vorvertrag mangels einer Formnorm der Grundsatz der Formfreiheit maßgebend ist[49]).

Während damit aber für jeden anderen Vertrag die Formfrage entschieden sein würde, zwingt der eigentümliche Tatbestand des Vorvertrages zu weiteren Unterscheidungen. Die durch die präparatorische Funktion des p. d. c. gegebene Beziehung zum Hauptvertrag äußert sich rechtlich darin, daß der Vorvertrag gleichzeitig die Rechtsmacht zur Errichtung des Hauptvertrages begründet. Der Vorvertrag gewährleistet bereits die Entstehung des Hauptvertragsverhältnisses in rechtlich verbindlicher Weise und übt damit auf diese einen entscheidenden Einfluß aus. Diese Besonderheit des Vorvertrages ergibt jedoch die Möglichkeit einer Kollision mit gesetzlichen Formvorschriften. Das zeigt sich bei jener Gruppe von Vorverträgen, die zum Abschluß formbedürftiger Hauptverträge verpflichten[50]). Soll hier der Abschluß des Hauptvertrages, dem das Gesetz nur bei Beobachtung einer bestimmten Form Rechtsgültigkeit verleiht[51]), durch formlosen Vorvertrag wirksam herbeigeführt werden können? Oder bedarf in solchen Fällen der Vorvertrag — entgegen dem Grundsatz der Formfreiheit — ebenfalls einer Form?

Die Frage wird in der Rechtslehre und Rechtsprechung verschieden beantwortet.

Nach der einen Ansicht ist der Vorvertrag auch hier formlos gültig, da eine geradezu „klassische Unabhängigkeit" der Gültigkeits- sowie der übrigen Erfordernisse von Vorvertrag und Hauptvertrag bestehe[52]). Eine andere Meinung vertritt demgegenüber den Grundsatz der „materiellen Einheit" beider Verträge und unterwirft den Vorvertrag der für den Hauptvertrag maßgebenden Formvorschrift[53]).

Beide Auffassungen verfallen in den Fehler, das bei dem Vor-

---

[49]) Nicht der Grundsatz, daß der Vorvertrag stets der Form des Hauptvertrages bedürfe! — Zutreffend: Nelte, S. 43, Böttcher a. a. O., Berndt a. a. O.

[50]) Nur dieses Teilgebiet der Formfrage ist Gegenstand des Formstreits.

[51]) In Betracht kommen vornehmlich solche Hauptverträge, bei denen die Form Voraussetzung der Gültigkei ist. Wo dies nicht der Fall ist (z. B. § 79 HGB, § 126 GWO), ist eine Kollision des Vorvertrages mit dem Zweck des Gesetzes kaum denkbar (Beispiel eines zweifelhaften Falles bietet § 566, vgl. dazu RG. 86/30).

[52]) So namentlich: Eisele a. a. O., Adler a. a. O., Göppert a. a. O.

[53]) So insbes.: Lang: Der Entw. eines bürg. Ges.-Buches f. d. Königr. Bayern, krit. Vierteljahrsschr., Bd. 5, S. 161 ff (166), Windscheid a. a. O., Planck a. a. O., Cosack a. a. O., RG. bis zur Entsch. in Bd. 86/30 ff, ausnahmslos.

vertrag zum formbedürftigen Hauptvertrag auftauchende Problem mit der allgemeinen Frage nach der Form des Vorvertrages zu verwechseln; sie versuchen dementsprechend aus einer (einseitigen) Betrachtung des Wesens des Vorvertrages bald unter dem Gesichtspunkt des Vertragscharakters, bald unter dem der praparatorischen Funktion (wobei die juristische Selbständigkeit des Vorvertrages übersehen wird) Argumente für oder gegen die Formfreiheit des Vorvertrages zu gewinnen. Die grundsätzliche Frage nach der Form des Vorvertrages steht hier aber gar nicht zur Entscheidung; — sie ist nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen im Sinne der Formfreiheit zu entscheiden — (vgl. S. 58), sondern es handelt sich um die spezielle Frage, ob die formlosen Vorverträge zu formbedürftigen Hauptverträgen mit den gesetzlichen Formnormen vereinbar sind, und ob für den Fall einer Kollision einzelne Formvorschriften nach den Grundsätzen der Gesetzesanalogie auf diese Vorverträge entsprechend anzuwenden sind.

Die Antwort hierauf kann nur aus dem Inhalt und Zweck der einzelnen Formnormen gefunden werden. Ist danach festzustellen, daß der Zweck der Formbestimmung durch den formlosen Vorvertrag vereitelt wird, so ist die entsprechende Anwendbarkeit der betreffenden Formvorschrift auch auf den Vorvertrag zu dem formbedürftigen Hauptvertrag gerechtfertigt. Das Problem der Form des Vorvertrages beim formellen Hauptvertrag ist also tatsächlich eine reine Auslegungsfrage, die je nach dem festzustellenden Zweck und Inhalt der einzelnen Formnormen für die entsprechenden Vorverträge einheitlich[54]) zu entscheiden ist[55]).

Eine kritische Prüfung der gesetzlichen Formregeln auf ihre ratio (die also das gesamte Gebiet gesetzlicher Formvorschriften umfassen müßte), liegt außerhalb der Zielsetzung dieser Arbeit. Derartige Untersuchungen sind in zahlreichen Abhandlungen vorgenommen worden[56]).

Als allgemeine Richtlinien sind hier folgende Gesichtspunkte hervorzuheben:

---

[54]) Z. B. für die Vorverträge zu den Verträgen der §§ 311, 313, 759, 766 einerseits oder zu § 566 BGB andererseits; ferner zu § 2 G. m. b. H. Ges. und § 15 Genossenschaftsgesetz.

[55]) Das wird heute in zunehmendem Maße anerkannt. Vgl. Kerstjens, S. 28 ff; Bergler, S. 40 ff, und die Rechtspr. d. RG. in der grundlegd. Entsch. Bd. 86/30 ff (sowie in den folg. zit. Entsch.), jedoch ohne Aufgabe des unrichtigen Grundsatzes, daß das Formerfordernis des Hauptvertrages auch für den Vorvertrag gelte.

[56]) Koch, § 10 (Diss.), Deiter, S. 61 ff; Kerstjens, S. 31 ff.

Die bloße Existenz einer Formbestimmung führt beim formlosen Vorvertrag zum formbedürftigen Hauptvertrag selbstverständlich nicht schon zu einem Verstoß gegen das Gesetz, da ja dieses nur Normen für den Hauptvertrag aufstellt und nur dessen Nichtigkeit beim Fehlen der Form will [57]). Die Gesetzwidrigkeit kann also immer nur aus dem Zweck des Gesetzes festgestellt werden.

Die gesetzlichen Formvorschriften verfolgen sehr verschiedene Zwecke und vielfach mehrere zugleich [58]). Die Feststellung dieser Zweckgesichtspunkte bereitet im einzelnen Fall erhebliche Schwierigkeiten, weil das BGB eine Begründung für die Formgebote nicht gibt [59]), die subjektive Betrachtungsweise hier also reichlich Spielraum hat. Deshalb sind die Ansichten in der Rechtslehre und Praxis über die rechtspolitische Bedeutung dieser oder jener Formvorschrift nicht einheitlich [60]).

Allgemein sind folgende, den gesetzlichen Normen zugrunde liegende Zweckgesichtspunkte festzustellen [60]):

1. Das Formgebot will die Parteien zur besonnenen Überlegung und Erwägung der Tragweite ihres rechtsgeschäftlichen Entschlusses anhalten, sie also vor Übereilung schützen.
2. Der Abschluß und verbindliche Inhalt des Rechtsgeschäfts sollen von dem vorangegangenen, unverbindlichen Meinungsaustausch scharf abgegrenzt werden.
3. Die Form soll den Beweis des Rechtsgeschäfts seinem Bestande und Inhalt nach sichern.
4. Es sollen dritte, an dem Rechtsgeschäft interessierte Personen geschützt werden [62]).

Die gesetzlichen Formgebote verfolgen jedoch die unter 1—4 gegliederten Zweckgesichtspunkte nicht einzeln, sondern meist gleichzeitig [63]). Die Feststellung im einzelnen ist mitunter schwierig, da es

---

[57]) Das übersieht offenbar Deiter, S. 58, der bereits aus der Tatsache der Nichtigkeit des Hauptvertrages bei mangelnder Form auch die ausnahmslose Nichtigkeit eines formlosen Vorvertrages zu dem formbedürftigen Hauptvertrag folgert.

[58]) Siehe darüber weiter unten.

[59]) Eine Auskunft hierüber geben die Motive I, S. 179, und die Protokolle zu den einzelnen Paragraphen.

[60]) vgl. z. B. RG. 86/30 einerseits und Oertmann zu § 566, Erl. 2, sowie die dort zit. Schriftsteller andererseits.

[61]) vgl. Motive a. a. O.

[62]) Z. B. bei § 566 BGB.

[63]) So werden die Zwecke zu 1—3 gemeinsam erstrebt, z. B. in den Fällen der §§ 311, 313, 759 ff, 766, 780, 781 BGB; §§ 15, 120, 127 Genossensch. Ges.; §§ 2, 55 G. m. b. H. Ges.

Formvorschriften gibt, deren Zweck nicht eindeutig bestimmt werden kann[64]).

Es fragt sich nun weiter, wann unter Berücksichtigung der oben festgestellten rechtspolitischen Gesichtspunkte einer Formnorm der formlose Vorvertrag den Zweck des Gesetzes vereitelt und folglich der Formvorschrift ebenfalls zu unterwerfen ist.

Man wird im allgemeinen sagen können, daß der formlose Vorvertrag der ratio des Gesetzes dann entgegensteht, wenn das Gesetz die Form im Interesse der Parteien gegeben hat, d. h. den begehrten Rechtserfolg nur beim Vorhandensein eines in bestimmter Weise geschaffenen und zustandegekommenen Parteiwillens herbeiführen will[65]), wenn es demnach ohne die Beobachtung der Form dem Parteiwillen überhaupt keine Beachtung schenken, also eine Bindung überhaupt nicht eintreten lassen will[66]). Das dürfte im besonderen der Fall sein, wenn nach dem Zweck der betreffenden Formbestimmung ein Schutz der Parteien vor Übereilung (Sicherung eines freien und überlegten Handelns) beabsichtigt ist[67]).

Bezweckt dagegen das Gesetz lediglich die spätere Feststellbarkeit des Parteiwillens seinem rechtsgeschäftlichen Bestand und Umfang nach, also bloß die Sicherung des Beweises, oder will es nur dritte Personen schützen[68]), so vereitelt der formlose Vorvertrag zu dem formbedürftigen Hauptvertrag nicht den Zweck des Gesetzes; denn dieser bezieht sich hier nicht auf das Zustandekommen des rechtsgeschäftlichen Parteiwillens, die Begründung des Hauptvertrages, sondern auf das bereits bestehende Hauptvertragsverhältnis, dessen Existenz nach Inhalt und Umfang gesichert werden oder dritten Personen zur Kenntnis kommen soll. Er wird daher durch das Dasein einer bloßen Verpflichtung zum künftigen Abschluß des formellen Hauptvertrages nicht berührt.

Nur im ersten Fall (Schutz der Parteien vor Übereilung) ist die entsprechende Anwendung der Formvorschrift (für den Hauptver-

---

[64]) So läßt sich beispielsweise die Wechselformvorschrift nicht ohne weiteres den zu 1—4 genannten Zweckgesichtspunkten unterordnen. Die Wechselform dürfte wohl insbesondere im Hinblick auf die besondere Rechtsgestaltung der Wechselforderung, deren Träger die Wechselurkunde sein soll, und ihre Funktion im Wirtschaftsverkehr vorgeschrieben sein.

[65]) Das heben mit Recht schon Gerber (System des deutschen Privatrechts I, § 164) und Regensberger a. a. O., S. 139 2a und 142 b, u. i. Endemann's Handb., S. 418, hervor.

[66]) Vgl. Enneccerus-Nipperdey a. a. O.

[67]) Ebenso: Kohler, Lehrb., § 246, Endemann, Lehrb., § 106, Nr. 1a, Böttcher, S. 41, Berndt, S. 47, Deiter, S. 61 ff, Kerstjens, S. 29.

[68]) So z. B. § 566; vgl. dazu RG. 86/30 ff.

trag) auch auf den Vorvertrag zu dem formbedürftigen Hauptvertrag gerechtfertigt, da andernfalls der formlose Vorvertrag den Zweck des Gesetzes vereiteln würde[69]); im übrigen[70]) kommt dagegen der für den Vorvertrag maßgebende Grundsatz der Formfreiheit[71]) uneingeschränkt zur Anwendung.

B. Österreichisches Recht.

Über die Form der Verabredung eines künftigen Vertrages sagt § 936 ABGB nichts. Da das Gesetz die übrigen Erfordernisse des Vorvertrages genau geregelt hat, kann nicht zweifelhaft sein, daß es hinsichtlich der Form die allgemeinen, für alle Verträge maßgebenden Rechtsgrundsätze gelten lassen will. Auch im österreichischen Recht herrscht die allgemeine Regel: Ohne Norm keine Form[72]). Es bestehen daher keine Bedenken, auch für den Vorvertrag den Grundsatz der Formfreiheit anzuerkennen[73]).

Die österreichische Rechtslehre und Rechtsprechung stehen jedoch überwiegend auf einem andern Standpunkt. Sie stellen in Übereinstimmung mit der insoweit als unrichtig gekennzeichneten Ansicht in der deutschen Literatur und Praxis auch für das österreichische Recht den allgemeinen Rechtssatz auf, daß die Form des Hauptvertrages auch für ein formloses Abkommen auf Eingehung eines solchen Vertrages (bei Vermeidung der Ungültigkeit) gelte[74]). Als eigentlicher Grund hierfür wird die präparatorische Funktion des Vorvertrages

---

[69]) Beispiele hierfür bieten namentlich die Vorverträge zu Grundstücksverkäufen (vgl. hierzu die Komm. zu § 313 BGB). Ferner die Vorverträge zu Bürgschafts- und Leibrentenverträgen. Weitere Beispiele s. bei Enneccerus-Nipperdey, § 153, Note 20.

[70]) D. h. soweit die Formgebote ausschließlich andere Zwecke verfolgen; sind solche nur nebenher beabsichtigt, so ist dies unerheblich; ferner für das gesamte Gebiet der Vorverträge zu den formbedürftigen Hauptverträgen.

[71]) Nicht dagegen der Grundsatz, daß die Form des Hauptvertrages auch für den Vorvertrag gelte.

[72]) Vgl. § 883: „Ein Vertrag kann mündlich oder schriftlich vor Gericht oder außerhalb desselben mit oder ohne Zeugen errichtet werden. Diese Verschiedenheit der Form macht, außer den im Gesetz bestimmten Fällen, in Ansehung der Verbindlichkeit keinen Unterschied." Vgl. dazu Gschnitzer (Komm. von Klang), Erl. IV, 1.

[73]) Im Ergebnis übereinstimmend: v. Schey I, § 22, Note 8, S. 173; Hasenöhrl I, S. 670; Geller, Z. Bl. I, S. 148, die für den Vorvertrag nur dann eine Form verlangen, wenn dies der Zweck der für den Hauptvertrag maßgebenden Formvorschrift erfordert (siehe dazu weiter unten).

[74]) So: Stubenrauch zu § 936, Erl. 3; Krasnopolski III, § 15; Ehrenzweig, § 313, IV; Mayr, § 313; Schuster von Bonnot in Grundriß von Finger und Franke I, § 6 III, Ziff. 6, u. d. Praxis. Vgl. Entsch. Slg. Nr. 12828, Slg. 15887, Slg. I Nr. 216, Slg. 15018, Slg. II Nr. 473, Gl.-U. N. F. 3978, Slg. IV Nr. 1697,

angesehen [75]). Die Unrichtigkeit dieser Ansicht ist bereits gewürdigt. Die herrschende österreichische Lehre unterscheidet ebenso wie vielfach die deutsche Literatur die allgemeine Frage nach der Form des Vorvertrages nicht scharf genug von jener hiervon verschiedenen Erwägung, inwieweit diejenigen Vorverträge, die den Abschluß eines formbedürftigen Hauptvertrages zum Gegenstand haben, gegen den Zweck der betreffenden Formvorschrift verstoßen und evtl. als nichtig anzusehen sind [76]). Das ist aber eine bloße Auslegungsfrage, die nach der ratio der einzelnen Formnormen unter dem Gesichtspunkte einer entsprechenden Anwendbarkeit auf einzelne Vorverträge zu formbedürftigen Hauptverträgen im Wege der Gesetzesanalogie zu entscheiden ist [77]).

Bei der Untersuchung der Frage nach der Form des Vorvertrages ist dagegen davon auszugehen, daß für den Vorvertrag eigene Voraussetzungen (nicht dagegen die Erfordernisse, insbesondere das Formerfordernis des Hauptvertrages) gelten. Mangels einer gesetzlichen Formnorm muß auch auf die Verabredung eines künftigen Vertrages im Sinne des § 936 der für alle Verträge in solchem Falle Platz greifende Grundsatz der Formfreiheit Anwendung finden (vgl. S. 58). Der entgegengesetzte Satz, wonach der Vortrag stets die Form des Hauptvertrages teilen soll, der von der herrschenden Lehre und auch vom Obersten Gerichtshof aufgestellt wird [78]), stimmt also nicht [79]). In dieser Hinsicht bezeichnend ist die Tatsache, daß dieser Grundsatz keineswegs uneingeschränkt angewandt wird; die herrschende Lehre [80]) erkennt vielmehr nach dem besonderen Zweck der Formvorschrift Ausnahmen von dem Rechtsprinzip an.

Slg. IX Nr. 3461; insbes.: E. v. 11. VI. 31; S. Z. XIII/146, Gschnitzer (Komm. von Klang) zu § 936, Erl. 5, und Ehrenzweig a. a. O. erkennen lediglich die Notwendigkeit von Ausnahmen des Formgrundsatzes an, ohne die Unrichtigkeit des Prinzips zuzugeben. — Abweichend die Entsch. Gl.-U. 12517, wo der Vorvertrag zur Errichtung eines Schuldanerkenntnisses unter Ehegatten für formlos gültig erachtet wird. Diese Entsch. wird in der österr. Literatur allgemein als unzutreffend betrachtet (vgl. die obigen Zit.).

[75]) Ehrenzweig a. a. O., der vom Vorvertrag als „Vorläufer" des Hauptvertrages spricht und deshalb auch die Form des letzteren maßgebend sein läßt.

[76]) Nach österr. Recht hat die Nichtbeachtung der Formgrundsätze nicht ohne weiteres die Nichtigkeit des formbedürftigen Geschäfts zur Folge. Eine dem § 125 BGB entsprechende Vorschrift fehlt im ABGB; s. hierüber: Gschnitzer (Komm. von Klang) zu § 883, Erl. IV, 1.

[77]) Im Ergebnis zutreffend: Hasenöhrl a. a. O., v. Schey a. a. O., Gschnitzer a. a. O., Geller, Z. Bl. I, S. 148.

[78]) Vgl. Zit. Note 32, namentlich E. v. 11. VI. 31, S. Z. XIII/146.

[79]) Hierauf wird in der Literatur auch vereinzelt hingewiesen. Vgl. Gschnitzer (Komm. von Klang) zu § 936, Erl. 5.

[80]) Ehrenzweig a. a. O. (der die Form des Hauptvertrages dann nicht auf den

Nach der hier vertretenen Auffassung handelt es sich gerade umgekehrt darum, zu prüfen, inwieweit etwa eine Kollision des formlosen Vorvertrages mit dem Zweck einzelner gesetzlicher Formnormen Ausnahmen von dem Grundsatz der Formfreiheit notwendig macht. Das ABGB hat bei der Aufstellung der einzelnen Formgebote ähnliche Zweckgesichtspunkte im Auge gehabt, wie das deutsche BGB [81]). Auch der österreichische Gesetzgeber bezweckt mit dem Formgebot vornehmlich den Schutz der Parteien vor Übereilung und die Erleichterung des Beweises. Wo das Gesetz (wie im ersten Fall) einen überlegten und vernünftigen Parteiwillen herbeiführen und den Eintritt des begehrten Rechtserfolges hiervon abhängig machen will, wird der formlose Vorvertrag zu dem formbedürftigen Hauptvertrag regelmäßig den Gesetzeszweck vereiteln. Hier dürfte deshalb die entsprechende Anwendung der Formbestimmung auch auf den Vorvertrag zu dem formbedürftigen Hauptvertrag gerechtfertigt sein.

Soll durch die Form dagegen nur ein Beweismittel geschaffen, das Rechtsgeschäft für Dritte erkennbar gemacht [82]) oder bloß die Eintragung des Vertrages in öffentliche Register ermöglicht werden, so verstößt die formlose Bindung zur Eingehung eines solchen formellen Vertrages nicht gegen die ratio des Gesetzes. Für eine entsprechende Anwendung der Formnormen auf den Vorvertrag ist hier kein Raum [83]).

Die Prüfung der Formfrage beim Vorvertrag im Sinne des § 936 ABGB ergibt hiernach übereinstimmend mit dem für das deutsche Reichsrecht gewonnenen Ergebnis, daß der Vorvertrag grundsätzlich formfrei ist, daß aber bei einzelnen Vorverträgen, die zum Abschluß formbedürftiger Hauptverträge verpflichten, dieser Grundsatz Ausnahmen erleiden muß, weil andernfalls der Zweck einzelner Formvorschriften vereitelt werden würde; solche Vorverträge sind daher im Wege der Gesetzesanalogie den für den Hauptvertrag maßgebenden Formgeboten zu unterwerfen.

Vorvertrag übertragen will, wenn sie nicht Bedingung der Verpflichtung überhaupt ist, sondern nur der Begründung besonderer Rechtswirkungen dient); wie Ehrenzweig so Mayr, § 315; Gschnitzer a. a. O. will in Anlehnung an die Rspr. des RG die Anwendung der Formvorschrift auf den Vorvertrag dann ausschließen, wenn die Form nicht dem Schutzzweck, sondern anderen Zwecken dient, oder wenn nur eine Partei geschützt werden soll und der Vorvertrag lediglich die Gegenpartei verpflichtet. — Ferner die unter Note 35 zit. Schriftst., die mehr der hier vertretenen Ansicht zuneigen.

[81]) siehe hierzu u. z. folgenden Gschnitzer (Komm. von Klang) zu § 883, Erl. IV.

[82]) Dieser Grund soll nach Gschnitzer a. a. O. (a. E. d. Erl. zu § 936) ebenfalls die Ausdehnung der Form auf den Vorvertrag rechtfertigen.

[83]) Zutreffend: Hasenöhrl I, S. 670 (2. Aufl.).

Kapitel 4:

Das Schuldverhältnis aus dem Vorvertrag.

§ 7: Die Wirkungen des Vorvertrages.

A. Deutsches Recht.

Der wirksam abgeschlossene Vorvertrag begründet ein Schuldverhältnis mit dem einseitigen oder wechselseitigen Anspruch auf Mitwirkung zum Vertragsschluß [1]). Der von Degenkolb eingeführte Begriff des contrahere kennzeichnet den Leistungsgegenstand des Vorvertrages nur unvollkommen. Richtig ist, daß der Anspruch aus dem Vorvertrag regelmäßig die Verpflichtung zur Abgabe einer Willenserklärung umfaßt, da jeder Vertragsschluß einen Konsens voraussetzt. Aber schon die zahlreichen Fälle, in denen außer dem Konsens noch ein reales Moment (wie z. B. bei den Realverträgen) oder sonstige Erfordernisse hinzutreten müssen, um einen wirksamen Hauptvertragsschluß zu begründen (z. B. Mitwirkung oder Genehmigung eines Dritten oder einer Behörde, Beseitigung einer gegenwärtigen Unmöglichkeit des Hauptvertragsschlusses oder dessen Erfüllung, Befreiung vom gesetzlichen Verbot, Erfüllung der vereinbarten Bedingungen für den Hauptvertragsschluß, Abschluß an einem besonderen Ort oder in vereinbarter Form unter Hinzuziehung eines Dritten u. a.), zeigen, daß die Verpflichtung aus dem Vorvertrag sich nicht in der bloßen Abgabe der Vertragsschlußerklärung erschöpft.

Dem Inhalt und Zweck des Vorvertrages entspricht ein solches Gesamtverhalten des Verpflichteten, durch welches ein rechtsgültiger Abschluß des Hauptvertrages ermöglicht wird.

---

[1]) Früher betrachtete eine weitverbreitete Ansicht beim Vorvertrag das bloße Interesse (id quod interest) des Versprechensempfängers am Vertragsschluß als geschuldet. (Windscheid, Pand. II, S. 272, Note 2, Arndt's Pand., 11. bis 13. Aufl., S. 457, vgl. bei Degenkolb, S. 40 ff.) Diese Ansicht entsprach der römisch-rechtlichen Vorstellung, daß jeder Anspruch bei der Verurteilung und Vollstreckung praktisch nur als Geldforderung existierte. (Es gab nur eine pecuniaria condemnatio; vgl. hierzu Gajus, Instit. IV, § 48.) Sie verwechselte jedoch den Inhalt der Rechte mit dem, was im Wege des Prozesses schließlich erreichbar war (s. auch die Kritik von Degenkolb, S. 40 ff.).

In Betracht kommen nicht nur die den Hauptvertrag unmittelbar begründenden (konstitutiven) Rechtsakte, sondern alle zur Erreichung dieses Ziels gebotenen (tatsächlichen oder rechtlichen) Handlungen und Unterlassungen. Die sekundären Unterlassungspflichten verbieten dem Schuldner solche Handlungen, die den vollwirksamen Abschluß des Hauptvertrages hindern oder erschweren. Er darf deshalb z. B. den Gegenstand des künftigen Hauptvertrages nicht zerstören, da sonst der Hauptvertrag nicht rechtsgültig geschlossen werden kann (§ 306); oder der Schuldner kann z. B. den vorvertraglich übernommenen Abschluß eines Vergleichs nicht dadurch sabotieren, daß er plötzlich die Klage einreicht.

Soweit konstitutive Rechtshandlungen geschuldet werden, handelt es sich um Hauptverpflichtungen, in den übrigen Fällen um Nebenverpflichtungen des Vorvertrages.

Auf das Schuldverhältnis aus dem Vorvertrag finden grundsätzlich die allgemeinen, für alle Schuldverträge maßgebenden Rechtssätze Anwendung.

Aus den Grundsätzen der Vertragsauslegung und der Leistung nach Treu und Glauben (§§ 157, 242) ergibt sich für den Vorvertrag, daß der Verpflichtete nicht nur für den Abschluß des Hauptvertrages einstehen, sondern auch dafür Sorge tragen muß, daß der künftige Hauptvertrag von ihm erfüllt werden kann. Der Vorvertragsschuldner muß z. B. den Gegenstand, den er nach dem künftigen Hauptvertrag zu liefern hat, in einem nach dem Vertrage vorausgesetzten Gebrauchszustand erhalten und zur Leistung bereitstellen; er darf ferner Einwirkungen auf ihn zum Schaden des Berechtigten nicht vornehmen [2]) (z. B. Sachbeschädigung, Verfügung zugunsten Dritter).

Das Schuldverhältnis aus dem Vorvertrag begründet hiernach außer der Hauptverpflichtung zur Mitwirkung beim Vertragsschluß gewisse Sorgfalts- und Unterlassungspflichten, die der sogen. Leistungsbereitschaft entsprechen.

Für das Maß der Haftung des Schuldners aus dem Vorvertrag gilt der Grundsatz des § 276, wonach für Vorsatz und Fahrlässigkeit einzustehen ist.

Es fragt sich aber, ob für den Vorvertrag eine Ausnahme anzuerkennen ist, wenn die Haftung aus dem künftigen Hauptvertrag schärfer oder milder ist (z. B. auch für Zufall oder nur für grobe

---

[2]) Soweit durch solche Einwirkungen ein gültiger Hauptvertragsschluß vereitelt wird (z. B. § 306), ergibt sich die Verpflichtung zum Unterlassen schon sekundär aus der positiven Verpflichtung zum Abschluß eines rechtsgültigen Hauptvertrages.

Fahrlässigkeit oder Sorgfalt in eigenen Angelegenheiten, diligentia quam suis, besteht).

Unrichtig ist es, stets die für den Hauptvertrag maßgebenden Haftungsgrundsätze auch auf den Vorvertrag zu übertragen, wie dies vielfach empfohlen wird [3]); denn damit wird man dem Wesen des Vorvertrages als rechtlich selbständiges Vertragsverhältnis nicht gerecht [4]); es ist vielmehr zu unterscheiden:

Soweit die Hauptverpflichtung zum gültigen Abschluß des Hauptvertrages in Frage steht, haftet der Schuldner für jedes Verschulden (§ 276). Versäumt er also fahrlässig die rechtzeitigen Vertragsschlußhandlungen, oder werden diese durch seine Schuld vereitelt, so hat er hierfür in vollem Umfange des § 276 einzustehen.

Handelt es sich dagegen um eine Verletzung derjenigen Pflichten, die ihm im Interesse der vertragsgemäßen Erfüllung des künftigen Hauptvertrages bereits vor dessen Abschluß obliegen (sogen. Erfüllungs- oder Leistungsbereitschaft), so kann er billigerweise hierfür nur in dem Umfang verantwortlich gemacht werden, wie er es auch nach dem Hauptvertrag sein würde (§ 242). Verspricht z. B. jemand eine Sache zu verleihen, so haftet er für den rechtzeitigen und gültigen Abschluß des Leihvertrages, insbesondere auch für die Hingabe der Sache, für jedes Verschulden; denn es handelt sich hier um eine aus dem Rechtscharakter des Vorvertrages sich ergebende Verpflichtung, die mit der Natur des Hauptvertragsverhältnisses nichts zu tun hat. Dagegen rechtfertigt sich die Beschränkung der Haftung auf grobe Fahrlässigkeit, wenn z. B. der Leihgegenstand vor dem Abschluß des Hauptvertrages beschädigt wird, so daß die vertragsgemäße Benutzung wesentlich beeinträchtigt wird; denn für derartige Schäden oder Mängel würde der Verleiher auch auf Grund des Leihvertrages nur gemäß § 599 (grobe Fahrlässigkeit) haften, oder es will z. B. ein Bankier seinem Kunden bestimmte, noch zu erwerbende Wertpapiere verkaufen. Die Parteien sind sich darüber einig, daß der Verkäufer hinsichtlich der Beschaffung der Wertpapiere nur nach den Grundsätzen der diligentia quam suis haften soll. Kommt zunächst nur ein Vorvertrag zustande, weil der künftige Käufer sich noch nicht endgültig binden und zunächst nur die einseitige vorvertragliche Verpflichtung des Bankiers begründen will, so haftet letzterer zunächst in vollem Umfange (§ 276) dafür, daß er rechtzeitig unter den vereinbarten Bedingungen den Abschluß des Kaufvertrages über die

[3]) Vgl. z. B. Berndt, S. 51 ff; Deiter, S. 77; Kerstjens, S. 43; Böttcher, S. 48.

[4]) Der Vorvertrag ist eben kein bloßes Stadium eines einheitlichen Hauptvertragsverhältnisses, so unzutreffend Bechmann, S. 270 ff.

Wertpapiere anbietet und in rechtsgültiger Weise auch vorzunehmen imstande ist; dagegen hat er nur für eigene Sorgfalt einzustehen, soweit er sich um die Beschaffung der Papiere nicht ordentlich bemüht oder günstige Gelegenheiten (niedrigen Kurs) versäumt.

Dem Anspruch aus dem Vorvertrag kann der Schuldner die ihm gesetzlich oder vertraglich zustehenden Einreden und Einwendungen entgegensetzen. Er kann z. B. ein Rückbehaltungsrecht (§ 273) ausüben, wenn mit dem formellen Hauptvertragsschluß erhebliche Aufwendungen, die ihm nicht zur Last fallen, verknüpft sind[5]). Ebenso kann er sich auf Stundung des Hauptvertragsschlusses oder die Vorleistungspflicht des anderen Teils berufen.

Die Einrede des nicht erfüllten Vertrages (§ 320) ist auf den Vorvertrag nicht anwendbar; denn sie setzt eine synallagmatische Verknüpfung der beiderseitigen Leistungspflichten voraus, die beim zweiseitigen Vorvertrag fehlt[6]).

Weiterhin fragt sich, ob der Vorvertragsschuldner sich gegenüber dem Anspruch auf Erfüllung des Vorvertrages bereits mit solchen Einreden oder Einwendungen verteidigen kann, die den künftigen Hauptvertrag betreffen und grundsätzlich erst nach dessen Abschluß in Betracht kommen. Kann z. B. der künftige Mieter sich auf das Recht der außerordentlichen Kündigung gemäß den §§ 542, 544 berufen, wenn sich nach Abschluß des Vorvertrages (aber noch vor Abschluß des Mietvertrages) herausstellt, daß der Vermieter die Mitwohnung keinesfalls rechtzeitig zum verabredeten Zeitpunkt gewähren oder nur in einem gesundheitsschädlichen Zustand überlassen kann?; oder soll bei einem Vorvertrag zu einem Dienstvertrag oder einer Gesellschaft der Schuldner auch dann zum Abschluß des Hauptvertrages gezwungen werden können, wenn nach dem Vorvertragsschluß ein wichtiger Grund eintritt, der gemäß §§ 626, 727 das Recht begründet, das Dienstverhältnis oder die Gesellschaft aufzukündigen?

Man wird in allen diesen Fällen den Vorvertragsschuldner bereits unter dem Gesichtspunkt des § 242 schützen können (dolo agit, qui petit, quod rediturus est). Der ratio dieser Gesetzesbestimmungen dürfte es entsprechen, darüber hinaus dem Vorvertragsverpflichteten bereits das Recht der Kündigung des Vorvertrages in analoger Anwendung der §§ 626, 727 zu geben[7]).

Ebenso wird derjenige, der sich zum Kauf einer Sache verpflichtet

---

[5]) z. B. für die Beurkundung.

[6]) Vgl. S. 40, 41; durch das Rückbehaltungsrecht des § 273 dürfte auch den auftretenden Bedürfnissen in dieser Richtung ausreichend gedient sein.

[7]) Vgl. hierüber § 8, S. 84, 85.

hat, berechtigt sein, für den Fall eines Mangels der Kaufsache, der nach Abschluß des Vorvertrages festgestellt wird oder von dem anderen Teil verschwiegen wird, unter Berufung auf das Recht der Wandlung des künftigen Kaufvertrages die Erfüllung des Vorvertrages zu verweigern (§ 242) [8]).

Die Verpflichtung aus dem Vorvertrag kann ferner durch eine nachträgliche Veränderung der Umstände (clausula r. s. ct., § 242) beeinflußt werden, welche das gesamte Schuldverhältnis aus dem Vorvertrag in seinen Grundlagen erschüttert [9]).

Der Anspruch aus dem Vorvertrag ist in erster Linie auf Erfüllung, d. h. auf Abschluß des Hauptvertrages und erst in zweiter Linie auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung gerichtet [10]), sofern die besonderen Voraussetzungen hierfür vorliegen (Verzug, Unmöglichkeit, positive Vertragsverletzung).

Bei der Prüfung des Verzuges ist zu beachten, daß der Vorvertrag seinem Zweck und Wesen nach keine sofortige Erfüllung, sondern eine gewisse Zeitspanne bis zum Abschluß des Hauptvertrages erfordert. Da der Zeitpunkt des Hauptvertragsschlusses auf Grund des Vorvertrages feststellbar sein muß [11]), ergeben sich für die Beurteilung des Schuldnerverzuges keine Schwierigkeiten.

Die Zeitspanne zwischen Vorvertrag und Hauptvertrag kann möglicherweise die Bedeutung haben, daß der Vorvertrag mit der genauen Einhaltung der für den Hauptvertragsschluß verabredeten Zeit stehen und fallen soll; dann ist die für das Fixgeschäft gegebene Vorschrift des § 361 auf den (zweiseitigen) Vorvertrag analog anzuwenden [12]), der aus dem Vorvertrag Berechtigte kann danach auch ohne Verzug des Vorvertragsschuldners vom Vorvertrag zurücktreten.

Hat die Zeitspanne nicht diese Bedeutung, so kann der Vorvertragsgläubiger beim Verzug des Schuldners zunächst die Rechte aus

---

[8]) Dies ist namentlich dann wichtig, wenn z. B. die Frist zur Anfechtung (§ 124) inzwischen versäumt ist; eine Übertragung des Wandlungsrechts auf den Vorvertrag im Wege der Analogie ist m. E. nicht statthaft, da das Wandlungsrecht gerade in der Eigenart des Hauptvertrages (z. B. Kauf, Tausch, Werkvertrag) begründet ist und zudem eine Folge der Gewährleistungspflicht ist, die grundsätzlich einen Gefahrübergang (§ 446: im Zweifel Sachübergabe) voraussetzt. — Sofern eine unerlaubte Handlung des anderen Kontrahenten vorliegt, kann der Vorvertragsschuldner die Erfüllung schon mit Rücksicht auf seinen Schadenersatzanspruch verweigern (§§ 823, Abs. 2, 826, 249).

[9]) Vgl. näheres hierüber § 8.

[10]) Die wahlweise Geltendmachung beider Ansprüche ist nicht von vornherein möglich.

[11]) Andernfalls ist der Vorvertrag unwirksam, vgl. § 5, S. 52, 53.

[12]) Eine direkte Anwendung ist wegen mangelnder Gegenseitigkeit der Vorvertragsverpflichtungen nicht statthaft.

§ 286 geltend machen; das Recht, Schadensersatz wegen Nichterfüllung des Vorvertrages zu verlangen, wird insbesondere auch dann anzuerkennen sein, wenn die Erfüllung des Hauptvertrages[13]) für den Gläubiger kein Interesse mehr hat. Beim zweiseitigen Vorvertrag ist ferner außer der Schadensersatzforderung unter den Voraussetzungen des § 326 ein Rücktrittsrecht zugunsten des ebenfalls verpflichteten Vorvertragsgläubigers zu folgern[14]).

Für den Umfang des Schadensersatzes wegen Nichterfüllung des Vorvertrages ist folgendes festzustellen:

Der Schaden besteht für den Vorvertragsgläubiger zunächst darin, daß er mangels Erfüllung des Vorvertrages (Abschluß des Hauptvertrages) den Anspruch auf die Leistungen aus dem Hauptvertrag nicht erwirbt. Das Erfüllungsinteresse des Gläubigers erschöpft sich aber nicht in diesem Anspruchserwerb, sondern ist mittelbar auf den Erwerb der Sachleistung bzw. den Güteraustausch des Hauptvertrages gerichtet, den der Vorvertrag ja lediglich vorbereiten und sichern soll. Das Interesse des Gläubigers an der Erfüllung des Vorvertrages deckt sich also mit dem Interesse an der Erfüllung des Hauptvertrages. Wird der Vorvertrag nicht erfüllt, etwa weil der Vorvertragsschuldner den Abschluß des Hauptvertrages ohne Grund verweigert, so büßt der Gläubiger mit dem Anspruch aus dem Hauptvertrag gleichzeitig den Gegenstand dieses Anspruchs, nämlich die entsprechende Sachleistung ein. Verpflichtet sich z. B. A, dem B im nächsten Jahr Baumaterialien zu einem von B zu bestimmenden Zeitpunkt zu verkaufen, und verweigert A später bei der Ausübung der Vorvertragsrechte durch B den Abschluß des Lieferungsgeschäfts zu den vorgesehenen Bedingungen, so besteht der Schaden des B darin, daß er jetzt anstelle des mit A abzuschließenden Lieferungsvertrages die dringend benötigten Baumaterialien anderweitig zu teueren Preisen kaufen muß. B kann daher die Preisdifferenz als Schadensersatz verlangen. Nicht anders wäre die Sachlage, wenn A zwar den Lieferungsvertrag abschließt, aber die Materialien nicht liefert, also den Hauptvertrag nicht erfüllt. Auch hier kommt als Schadensersatz die Preisdifferenz aus dem notwendigen Deckungsgeschäft des B in Betracht.

---

[13]) Nicht bloß der Abschluß des Hauptvertrages, obschon die Erfüllung desselben nicht unmittelbar zur Leistung des Vorvertrags gehört.

[14]) Gegen die analoge Anwendung dieser Vorschrift auf den zweiseitigen Vorvertrag dürften aus dem fehlenden Gegenseitigkeitscharakter Bedenken nicht herzuleiten sein.

Der Schaden aus der Nichterfüllung des Vorvertrages entspricht somit dem Schaden, der durch die Nichterfüllung des Hauptvertrages entsteht. —

Bei der Anwendung der Grundsätze über die Unmöglichkeit der Leistung (§§ 275, 306) auf den Vorvertrag ist folgendes zu beachten:

Ursprüngliche Unmöglichkeit des Vorvertrages liegt dann vor, wenn bereits beim Abschluß des Vorvertrages die Voraussetzungen gegeben sind, welche den rechtsgültigen Abschluß des Hauptvertrages oder dessen Erfüllung (nicht bloß vorübergehend) unmöglich machen (z. B. der Abschluß des Hauptvertrages ist unter Androhung der Nichtigkeit gesetzlich verboten, was den Parteien beim Vorvertragsschluß unbekannt war, oder die zu veräußernde Sache ist schon vernichtet oder stellt sich bereits als Eigentum des Kaufinteressenten heraus). Hier kann ein rechtswirksamer Hauptvertrag niemals geschlossen werden. Der Vorvertrag hatte somit von vornherein eine objektiv unmögliche Leistung zum Gegenstand (§ 306).

Treten die genannten Voraussetzungen dagegen erst nach dem Abschluß des Vorvertrages ein, so gelten die Regeln über die nachfolgende Unmöglichkeit, der in diesem Falle das bloße Unvermögen gleichsteht (§ 275). Geht also der künftige Kaufgegenstand nach dem Vorvertragsschluß (aber vor Abschluß des Hauptvertrages) unter, so liegt bezüglich der Leistung aus dem abzuschließenden Hauptvertrag ursprüngliche objektive Unmöglichkeit (§ 306), hinsichtlich der Erfüllung des Vorvertrages dagegen nachträgliche Unmöglichkeit vor (§ 275). Handelt es sich in diesem Fall um bloßes Unvermögen — z. B. der Gegenstand des Hauptvertrages gelangt ohne Schuld des Vorvertragsschuldners in die Hände eines gutgläubigen Dritterwerbers — so ist der rechtsgültige Abschluß des Hauptvertrages nach wie vor möglich. Der Vorvertragsschuldner würde aber von der künftigen Verpflichtung aus dem Hauptvertrag nicht frei werden (§ 275), weil das Unvermögen bezüglich der Hauptvertragsleistung ursprünglich ist, d. h. schon beim Abschluß des Hauptvertrages besteht und deshalb die Garantiehaftung zur Folge hat. Er müßte auf Grund des Vorvertrages einen Hauptvertrag schließen, der ihn von vornherein ersatzpflichtig macht und von ihm freiwillig niemals eingegangen würde. Um die hierin liegende Unbilligkeit zu vermeiden, muß der Vorvertragsschuldner auch beim (unverschuldeten) nachträglichen Unvermögen zur Erfüllung des Hauptvertrages (nicht nur zum Abschluß des Hauptvertrages) in sinngemäßer Anwendung des Grundsatzes aus § 275 von der Verpflichtung zum Abschluß des Hauptvertrages frei werden.

Der Gesichtspunkt der positiven Vertragsverletzung hat beim Vorvertrag praktische Bedeutung, wenn zwar Verzug oder Unmöglichkeit hinsichtlich der Verpflichtung zum Vertragsschluß nicht vorliegen, wohl aber schuldhafte Zuwiderhandlungen des Vorvertragsschuldners gegen die ihm obliegenden Unterlassungs- und Sorgfaltspflichten (die sogen. Erfüllungs- und Leistungsbereitschaft) in Betracht kommen; z. B. der Verpflichtete aus dem Vorvertrag führt eine vorsätzliche oder fahrlässige Beschädigung der künftigen Hauptsache herbei, oder er verrät ein Geschäftsgeheimnis an den Konkurrenten des Vorvertragsgläubigers und künftigen Käufers des Geschäfts. Man wird zur Begründung des in diesem Fall gegebenen Schadensersatzanspruchs außer den allgemeinen Grundsätzen [15]) hier auch den Gesichtspunkt des § 160 Abs. 1, wonach der Berechtigte vor der Vereitlung oder Beeinträchtigung seines Rechts geschützt werden soll, mit heranziehen können; denn bei der Bindung aus dem Vorvertrag ist die gleiche Gefährdungssituation gegeben, wie sie beim bedingten Vertrag hinsichtlich der künftigen Rechtswirkungen besteht.

Ein Anspruch auf Schadensersatz aus unerlaubter Handlung ist insbesondere dann begründet, wenn ein Vertragsteil den anderen zum formlosen Abschluß eines (formbedürftigen)Hauptvertrages veranlaßt in der von vornherein gehegten Absicht, den Vorvertrag zum Schaden des Gegners später als nichtig zu behandeln (§ 826).

Der Anspruch aus dem Vorvertrag kann durch Klage auf Abschluß des Hauptvertrages geltend gemacht werden. Hierbei muß der abzuschließende Hauptvertrag vom Kläger konkret bezeichnet werden. Ebenso steht nichts im Wege, na ch§ 256 ZPO Klage auf Feststellung der Verpflichtung zum Abschluß des einzelnen Hauptvertrages zu erheben [16]).

Schon vor der Fälligkeit kann der Berechtigte unter den Voraussetzungen des § 259 ZPO auf künftigen Hauptvertragsschluß klagen, wobei der Zeitpunkt angegeben werden muß. Dies ist namentlich dann möglich, wenn zu besorgen ist, daß der Vorvertragsschuldner Maßnahmen treffen könnte, welche ihn außerstande setzen, die künftige Leistung aus dem Hauptvertrag ordnungsgemäß zu erbringen (z. B. er beabsichtigt, die künftige Kaufsache zu veräußern oder zu vermieten); hier hat der Vorvertragsberechtigte bereits die entsprechenden Unterlassungsansprüche [17]), auf die § 259 ZPO eben-

---

[15]) Vgl. § 276; richtiger dürfte der Gesichtspunkt der Rechtsanalogie aus den §§ 280, 286, 325, 326 sein.

[16]) vgl. Riezler vor § 145, Vorbem. 20.

[17]) Vgl. S. 67.

falls anwendbar ist. Es kann ihm nicht zugemutet werden, erst abzuwarten, bis die Leistungspflicht des Vorvertragsschuldners durch die Vertragsverletzung sich in eine Schadensersatzpflicht verwandelt.

Der Klageantrag ist auf die Verurteilung zur Vornahme derjenigen Handlungen zu richten, die zum rechtsgültigen Abschluß des im einzelnen zu bezeichnenden Hauptvertrages erforderlich sind[18]).

Die Klage auf Abschluß des Hauptvertrages kann mit dem Begehren der Leistung aus dem Hauptvertrag (Zahlung des Kaufpreises) oder der Feststellung der Leistungspflicht des Hauptvertrages verbunden werden[19]), obschon streng juristisch betrachtet der Entstehungstatbestand für die Leistungsansprüche aus dem Hauptvertrag erst mit der rechtskräftigen Verurteilung des Beklagten zur Abgabe der betreffenden Vertragsschlußerklärung gegeben ist. Es entspricht jedoch den Bedürfnissen der Praxis, insbesondere der Prozeßökonomie, den Parteien die Möglichkeit zu geben, die Ansprüche aus dem Vorvertrag und dem Hauptvertrag in einem einzigen Prozeß durchzuführen. Die gegenteilige Ansicht würde im Ergebnis das Festhalten an einem unnötigen Formalismus bedeutenden, den Praxis und Rechtslehre für ähnliche Fälle bereits aufgegeben haben[20]).

Die Zwangsvollstreckung des Anspruchs aus dem Vorvertrag erfolgt, soweit der Schuldner zur Abgabe einer Willenserklärung verurteilt ist, gem. § 894 ZPO, im übrigen (hinsichtlich der Verurteilung zu weiteren Rechtshandlungen) nach den §§ 887 ff. ZPO[21]).

---

[18]) Eine Verurteilung zur Leistungsbereitschaft ist, weil zu unbestimmt, nicht statthaft.

[19]) So auch Stintzing, S. 37, und früher Riezler (Staudinger), Vorbem. 8 zu § 145; in der 10. Aufl. läßt Riezler nur Feststellungsklage auf künftigen Vertragsschluß zu, Vorbem. 20 vor § 145, S. 756.

[20]) So wird z. B. bei der Wandlung auch vom Standpunkt der Vertragstheorie, wonach der Anspruch auf Rückgewähr erst auf Grund des abzuschließenden Wandlungsvertrages entsteht, anerkannt, daß gleichzeitig auf Abschluß des Wandlungsvertrages und auf Herstellung der praktischen Folgen, insbes. der Rückzahlung des Kaufpreises geklagt werden kann; vgl. schon RG 58/425 ff; weitere Zit. in RGRK zu § 465, Erl. 1; ferner: Planck und Oertmann zu § 465. — Ebenso wird beim Vermächtnis einer Forderung des Erblassers gegen den Erben zugunsten des Vermächtnisgläubigers die Verbindung der Klage auf Zession mit dem Leistungsbegehren zuzulassen sein (§ 2175). Vgl. hierzu Staudinger, § 2175, Erl. 3, Leonhard (Erbrecht) und Planck zu § 2175.

[21]) Bei den eigentlichen Realverträgen genügt zur Herbeiführung des realen Erfordernisses die bloße Wegnahme der Sache durch den Gerichtsvollzieher (in entsprechender Anwendung der Vorschriften über die Zwangsvollstreckung wegen Geldforderungen, bzw. zur Erwirkung der Herausgabe von Sachen §§ 803, 883 ff). Damit ist der Hauptvertrag geschlossen; so die herrsch. Lehre. Vgl. Endemann I, § 106, Steinhagen, S. 116 ff, dazu ferner: Kipp, „Die Verurteilung zu Willens-

Danach gilt mit der Rechtskraft des Urteils die Willenserklärung des Schuldners als abgegeben (§ 894 ZPO). Das Urteil ersetzt also die Konsenserklärung des Verpflichteten [22]), wirkt daher auch nur soweit, als die wirkliche Erklärung dies tun würde. Es vermag nicht die notwendige Vertragsschlußerklärung des Gläubigers zu ersetzen. Bei formlosen Hauptverträgen ist aber durch die Klageerhebung stets das Angebot des Klägers auf Vertragsschluß abgegeben [23]), so daß der Hauptvertrag mit dem Erlaß des rechtskräftigen Urteils oder genauer gesagt, mit der durch das Urteil als abgegeben geltenden Annahmeerklärung des Beklagten wirksam geschlossen wird.

Soweit der Vorvertragsschuldner nicht nur zur Abgabe der Vertragsschlußerklärung, sondern gleichzeitig zur Leistung aus dem Hauptvertrag verurteilt worden ist (vgl. oben S. 74), kann auf Grund des vorläufig vollstreckbaren Urteils schon vor der Rechtskraft die Zwangsvollstreckung auch wegen der Forderung auf Leistung aus dem Hauptvertrag betrieben werden. Zwar ist diese Forderung aus dem Hauptvertrag noch nicht rechtsgültig entstanden; denn erst mit der Rechtskraft gilt ja die Willenserklärung des Beklagten als abgegeben (§ 894 ZPO). Es liegt hier also ein Titel vor, dem ein wirksamer sachlich-rechtlicher Anspruch zunächst noch fehlt. Ebensowenig aber, wie das Fehlen einer rechtskräftigen Verurteilung zur Abgabe der Willenserklärung bereits im Prozeß der Klageverbindung und gleichzeitigen Verurteilung zur Leistung aus dem Hauptvertrag entgegensteht (vgl. S. 74), vermag es auch für die Zwangsvollstreckung irgendwie hinderlich zu sein. Einwendungen, etwa im Wege einer Vollstreckungsabwehrklage gemäß § 767 ZPO, scheiden schon deshalb aus, weil die Voraussetzungen des Absatz 2 dieser Vorschrift fehlen; denn der Mangel einer wirksamen Willenserklärung des Beklagten war ja von vornherein vorhanden. Abgesehen hiervon liegt aber auch kein Grund vor, bei der gleichzeitigen Verurteilung zum Abschluß des Hauptvertrages und zur Leistung aus dem Hauptvertrag die Zwangsvollstreckung aus dem Titel bezüglich der Sachleistungen erst von dem Eintritt der Rechtskraft des Titels über die Verurteilung

---

erklärungen u. zu Rechtshandlungen" (Iherings Festg. der Kieler Juristen-Fakultät 1892, S. 43 ff).

[22]) auch hinsichtlich der erforderlichen Form. Vgl. Stein-Jonas zu § 894 ZPO, Erl. II.

[23]) anders bei formellen Hauptverträgen. Hier muß die Willenserklärung des Klägers ebenfalls in der erforderlichen Form abgegeben werden. Soweit die Verurteilung zur Abgabe der formellen Vertragsschlußerklärung nicht bloß die Willenserklärung als solche, sondern auch die eigenhändige Errichtung und unterschriftliche Vollziehung der Vertragsurkunde umfaßt, ist nach § 888 zu vollstrecken (s. hierzu Stein-Jonas, Erl. I 3 zu § 894).

zur Abgabe der Willenserklärung abhängig zu machen. Der vollstreckende Gläubiger trägt hier wie überall das Risiko einer späteren Aufhebung oder Abänderung des einheitlichen Urteils im Falle der Anfechtung durch den Beklagten.

Andere Einwendungen, welche sich auf nachträgliche Stundung, einen Vergleich oder Verzicht des Klägers und ähnliche Rechtsänderungen stützen, können natürlich vom Beklagten durch Vollstrekkungsabwehrklage gegen den durch das Urteil festgestellten Anspruch auf die Leistung aus dem Hauptvertrag im Rahmen der §§ 767, 769 ZPO geltend gemacht werden.

Die Gründe, welche eine Verbindung der Klage auf Abgabe der Willenserklärung mit derjenigen auf die Leistung aus dem Hauptvertrag und eine entsprechende Verurteilung nach beiden Klageanträgen rechtfertigen (vgl. S. 74), treffen für die Fälle nicht zu, in denen der Anspruch aus dem Hauptvertrag auch mit der rechtskräftigen Verurteilung des Beklagten zur Abgabe der Willenserklärung (§ 894 ZPO) noch nicht vollwirksam entstanden sein würde. Dies gilt z. B. für die formellen Hauptvertragsschlüsse, die ja außer der formellen Erklärung des Beklagten (die durch das rechtskräftige Urteil ersetzt wird) noch die formelle Willenserklärung des Klägers erfordern, ferner da, wo der Beklagte außer der Willenserklärung noch besondere Handlungen selbst vornehmen muß, damit der Hauptvertrag wirksam zustande kommt oder wo der Hauptvertrag von Bedingungen abhängig ist oder gar der Genehmigung eines Dritten oder einer Behörde (Vormundschaftsgericht) bedarf. Hier darf vor der Erfüllung aller dieser Voraussetzungen eine gleichzeitige Verurteilung des beklagten Vorvertragsschuldners zur Leistung aus dem Hauptvertrag nicht erfolgen. Eine Verbindung der Klage auf Abschluß des Hauptvertrages mit der Leistungsklage aus dem Hauptvertrag ist in solchen Fällen nicht statthaft.

B. Österreichisches Recht.

Sind die allgemeinen und besonderen Wirksamkeitsvoraussetzungen der Verabredung eines künftigen Vertrages erfüllt (§ 936 AGBG), so entspringt aus ihr der einseitige oder wechselseitige Anspruch auf Mitwirkung zum Vertragsabschluß [24]). Zum Gegenstand dieses Anspruchs gehören außer dem bereits gekennzeichneten Vertragsschluß-

[24]) also nicht bloß auf ein Interesse! Das ist für das österr. Recht mit Rücksicht auf die Norm des § 936 immer unstreitig gewesen. Vgl. Zeiller III, S. 150, Pfaff, S. 345, Gl.-U. 5806.

verhalten die der sogen. Erfüllungsbereitschaft entsprechenden Sorgfalts- und Unterlassungspflichten, welche sich im österreichischen Recht zwanglos aus dem Zweck der Vertragsverabredung des § 936 und den Parteiabsichten auf Grund der Auslegungsgrundsätze des § 914 ergeben [25]).

Hinsichtlich der Haftung für die Verletzung dieser Pflichten müssen die bereits dargelegten Grundsätze auch für das österreichische Recht gelten, da sie aus dem Wesen des Vorvertrages einerseits und dem Verhältnis zum Hauptvertrag andererseits herzuleiten sind (vgl. S. 68).

Auf das Schuldverhältnis aus dem Vorvertrag finden zunächst die Sonderbestimmungen des § 936 ABGB Anwendung. Von besonderer Bedeutung ist hierbei die sogen. clausula rebus sic stantibus, welche das österreichische Recht in Form einer Spezialnorm für den Vorvertrag anerkannt hat [26]). § 936 enthält ferner eine wichtige Bestimmung über das Erlöschen des Vorvertrages nach Zeitablauf [27]).

Schwierigkeiten bereitet vom Standpunkt des ABGB die Frage, welche Rechtssätze außerhalb des § 936 auf das Schuldverhältnis aus dem Vorvertrage anzuwenden sind. Das ABGB kennt lediglich die Einteilung in entgeltliche und unentgeltliche Verträge [28]) und stellt in den §§ 917 ff. nur für die entgeltlichen Verträge allgemeine Regeln auf [29]). Der Begriff des entgeltlichen Vertrages deckt sich nach österreichischem Recht nicht mit dem des sogen. gegenseitigen Vertrages. Er umfaßt auch solche Verträge, bei denen zwar nicht gegenseitige Verpflichtungen, wohl aber gegenseitige Leistungen vorhanden sind (so namentlich bei einseitiger Leistungsverpflichtung unter konditioneller Verknüpfung von Leistung und Gegenleistung) [30]).

Der Vorvertrag ist jedoch weder ein entgeltlicher oder gegenseitiger noch ein unentgeltlicher Vertrag im Sinne des ABGB, sondern seinem Wesen nach vielmehr neutral [31]). Die Verpflichtung zum Vertragsschluß wird beim (einseitigen und zweiseitigen) Vorvertrag lediglich um der Rechtsfolgen des Hauptvertrages willen (nicht als Entgelt für die gleiche Verpflichtung des andern Teils, oder unentgeltlich etwa

---

[25]) vgl. Text des § 914, S. 55, Note 27

[26]) vgl. hierüber § 8.

[27]) näheres hierüber § 9.

[28]) s. hierzu u. z. folgenden: Gschnitzer (Klang), Erl. zu § 917, II—IV, VI, 5.

[29]) Diese entsprechen im allgemeinen den Vorschriften des deutschen BGB über gegenseitige Verträge.

[30]) Gschnitzer a. O., Erl. III.

[31]) Diese Eigentümlichkeit des Vorvertrages wird in der österr. Lit. nur von Gschnitzer (Klang), Erl. VI, 5, erwähnt.

beim einseitigen Vorvertrag) übernommen [32]). Die Vertragserklärung des einen Teils bildet also nicht die Gegenleistung für die des anderen. Auf den Vorvertrag sind daher weder die Vorschriften des ABGB über entgeltliche noch die über unentgeltliche Rechtsgeschäfte anwendbar. Die hier vorhandene Lücke wird dadurch beseitigt werden können [33]), daß aus den allgemeinen Rechtssätzen diejenigen Bestimmungen, die sich nur auf die Verpflichtung des einen Teils beziehen, für den Vorvertrag übernommen werden [34]). Wenn auch hiergegen vom Standpunkt des ABGB, welches die genannten Bestimmungen nur auf entgeltliche Verträge angewandt wissen will, Bedenken bestehen, so steht doch andererseits nichts im Wege, den materiellen Gehalt der gesetzlichen Normen, soweit er für den Vorvertrag brauchbar erscheint, zu verwerten. Der gesetzgeberische Grundgedanke der einzelnen Bestimmungen, wonach die nicht rechtzeitige oder nicht vertragsgemäße Erfüllung [35]) oder die schuldhafte Vereitelung der Erfüllung [36]) denjenigen Vertragsteil, der in dieser Weise seine Vertragspflichten verletzt, zum Schadensersatz verpflichtet, ist unbedenklich auch für den Vorvertrag verwertbar. Deshalb sind diese Vorschriften [37]) grundsätzlich auch auf den Vorvertrag anzuwenden. Soweit dagegen dem anderen Vertragsteil das Recht zum Rücktritt gegeben und die Herausgabe des bereits Empfangenen zur Pflicht gemacht wird, ist zu berücksichtigen, daß der Rücktritt bereits durch die spezielle Vorschrift des § 936 über die clausula rebus sic stantibus für den Vorvertrag ausgeschlossen sein dürfte; danach wird der Vorvertrag bereits hinfällig, wenn das Zutrauen des einen oder anderen Teils verloren wird [38]). Dieser Fall ist aber regelmäßig bereits dann

---

[32]) Vgl. hierüber S. 40, 41.

[33]) Zutreffend auch Gschnitzer a. O.

[34]) In Betracht kommen namentlich die §§ 918, Abs. 1, 920. § 918, Abs. I: „Wenn ein entgeltlicher Vertrag von einem Teil entweder nicht zur gehörigen Zeit, am gehörigen Ort oder auf die bedungene Weise erfüllt wird, kann der andere entweder Erfüllung und Schadenersatz wegen der Verspätung begehren oder unter Festsetzung einer angemessenen Frist zur Nachholung den Rücktritt vom Vertrag erklären." § 920: „Wenn die Erfüllung durch Verschulden des Verpflichteten oder einem von ihm zu vertretenden Zufall vereitelt wird, so kann der andere Teil entweder Schadenersatz wegen Nichterfüllung fordern oder vom Vertrage zurücktreten. Bei teilweiser Vereitelung steht ihm der Rücktritt zu, falls die Natur des Geschäfts oder der dem Verpflichteten bekannte Zweck der Leistung entnehmen läßt, daß die teilweise Erfüllung für ihn kein Interesse hat."

[35]) § 918.

[36]) § 920.

[37]) Nicht dagegen die Gewährleistungsvorschriften der §§ 922 ff, die sich lediglich auf eine Sachleistung beziehen.

[38]) s. hierzu im einzelnen § 8 B.

gegeben, wenn das Verhalten des einen Teils für den anderen auch nach den §§ 918, 920 ein Rücktrittsrecht begründen würde[39]). Für einen Rücktritt ist hiernach beim Vorvertrag angesichts der lex specialis des § 936 kein Raum.

Dieses Ergebnis hat gegenüber dem deutschen Recht, in dem das Rücktritts- oder Kündigungsrecht im Wege der Analogie aus den einzelnen Bestimmungen der §§ 326, 626, 723 BGB für den entsprechenden Vorvertrag abgeleitet werden müßte, erhebliche Vorzüge[40]).

Der Anspruch aus dem Vorvertrag ist durch Klage auf Abschluß des Hauptvertrages geltend zu machen[41]). Eine Besonderheit des österreichischen Rechts besteht darin, daß auf die Vollziehung der Verabredung innerhalb einer bestimmten Frist, nämlich eines Jahres, gedrungen werden muß; andernfalls erlischt der Anspruch (§ 936)[42]). Die Frist beginnt mit dem für den Abschluß des Hauptvertrages bedungenen Zeitpunkt.

Die Vollstreckung erfolgt, soweit das Urteil auf Abgabe einer Willenserklärung lautet, nach § 367 der Executionsordnung vom 27. Mai 1896[43]). Danach gilt mit der Rechtskraft des Urteils die Erklärung als abgegeben. Die Regelung entspricht derjenigen des § 894 ZPO. Das rechtskräftige Urteil ersetzt die Willenserklärung, wirkt also soweit, als die tatsächlich abgegebene Erklärung wirken würde[44]).

Bedarf der Hauptvertrag einer Form, so wird auch für das österreichische Recht infolge der sachlichen Übereinstimmung des § 367 Execution.O. mit § 894 ZPO zu folgern sein, daß das rechtskräftige Urteil auch die Formerfordernisse der Hauptvertragserklärung ersetzt[45]).

Mit der Rechtskraft des Urteils ist meist auch der Hauptvertrag geschlossen, da die Klage regelmäßig den (bis zur Rechtskraft des Urteils aufrecht erhaltenen) Vertragsantrag enthält.

---

[39]) denn es handelt sich bei den Fällen der §§ 918, 920 um eine Verletzung der Vertragspflichten.

[40]) vgl. darüber § 8 S. 84.

[41]) vgl. hierzu: Nobel i. J. Bl. 1924, S. 118 ff; v. Schey, S. 176, Noten 25, 26; Gschnitzer (Komm. von Klang) II 4 zu § 936.

[42]) Näheres hierüber in § 9.

[43]) § 367, Abs. I, lautet: „Wenn der Verpflichtete nach Inhalt des Exekutionstitels eine Willenserklärung abzugeben hat, gilt diese Erklärung als abgegeben, sobald das Urteil die Rechtskraft erlangt hat oder ein anderer Exekutionstitel gleichen Inhalts zum Antrag auf Exekutionsbewilligung berechtigt." — Dazu: Neumann-Lichtblau, Komm. z. Exekut.-O. (3. Aufl.), Bd. II, 1929, S. 1119; ferner: Hasenöhrl, § 52, I, 3, Pfaff, S. 345, v. Schey, S. 176, Noten 25, 26, Stubenrauch zu § 936, Krasnopolski III, § 15, Ehrenzweig, § 313 IV, Gschintzer a. a. O.

[44]) Neumann-Lichtblau a. a. O.

[45]) Übereinstimmend: Gschnitzer (Komm. von Klang) a. a. O., der dies jedoch für nicht ganz unbedenklich hält. Neumann-Lichtblau a. a. O., S. 1119.

Erfordert der Vertragsschluß außer der Abgabe der Willenserklärungen weitere Handlungen (wie z. B. bei den Realverträgen), so erfolgt die Vollstreckung insoweit nach den Vorschriften über die Execution zur Erwirkung von Handlungen oder Unterlassungen (§§ 346 bis 348, 354) [46]).

Auch für das österreichische Recht wird man grundsätzlich eine Verbindung der Klage auf Abschluß des Hauptvertrages mit der Leistungsklage aus dem Hauptvertrag zulassen müssen, da hierfür in erster Linie praktische Erwägungen sprechen (vgl. S. 74) [47]). Einschränkungen dieses Grundsatzes ergeben sich für die S. 76 behandelten Fälle. Besonderheiten sind vom Standpunkt des ABGB oder des österreichischen Prozeßrechts hier nicht festzustellen.

§ 8: Die Lehre von der chausula rebus sic stantibus.

A. Deutsches Recht.

Dem herkömmlichen Ausdruck clausula rebis sic stantibus liegt der in der älteren gemeinrechtlichen Theorie entwickelte Rechtsgedanke zu Grunde, wonach schuldrechtliche Verträge nur solange bindend sein sollen, als die Verhältnisse, unter denen sie begründet wurden, sich nicht von Grund auf geändert haben [48]). Man betrachtete ursprünglich die clausula rebus sic stantibus als stillschweigende Vertragsvereinbarung, die allen Schuldverträgen innewohnt [49]). Diese unhaltbare Fiktion wurzelte in naturrechtlichen Anschauungen und konnte auf die Dauer nicht darüber hinwegtäuschen, daß für einen solchen clausula-Satz nur positive Normen (Gesetz- oder Gewohnheitsrecht) die Rechtsgrundlage bilden können. Die Lehre von der clausula beschäftigt sich daher trotz der irreführenden lateinischen Bezeichnung nicht mit der Untersuchung eines einzelnen Vertragsinhalts auf das Vorhandensein einer bestimmten Vertragsvereinba-

---

[46]) Krasnopolski III, § 15, S. 75, Ehrenzweig, § 313 IV, v. Schey, S. 176, Noten 25, 26, Gschnitzer a. a. O.

[47]) In der österr. Literatur wird, soweit ich sehe, zu dieser Frage nicht Stellung genommen.

[48]) Dieser Grundsatz war auch in einzelnen Gesetzbüchern anerkannt, so z. B. im ALR I 5, §§ 377—384, und im Codex Maximilianeus Bavaricus Civilis, Teil IV, Kap. 15.

[49]) Vgl. die eingehende Dogmengeschichte bei Pfaff, cl. r. s. st. (Festschr.), S. 296 ff; ferner Pfaff u. Fritze, bürg. Arch., Bd. 17, s. auch Stahl: cl. r. s. st. (Diss.) 1909, München (S. 1 ff).

rung (der clausula) [50]), sondern mit der Frage nach der Existenz einer allgemeinen Klauselnorm.

Der Gedanke der clausula ist von jeher mit dem Vorvertrag aufs engste verknüpft und gerade hier angewandt worden [51]). Da der Vorvertrag seiner Natur nach ein schwebendes, für einen bestimmten Zeitraum berechnetes Schuldverhältnis ist, welches infolge seiner hinausgeschobenen Erfüllung regelmäßig der Gefahr einer nachträglichen Veränderung der Verhältnisse unterliegt, da ferner durch ihn der Wille der Parteien in Richtung auf ein bestimmtes rechtsgeschäftliches Verhalten für die Zukunft gebunden wird, hat sich hier für die Berücksichtigung der veränderten Umstände ein besonderes Bedürfnis gezeigt. Die Lehre vom Vorvertrag widmete daher dem Klauselgedanken stets ein besonderes Interesse und leitete aus der Natur des Vorvertrages vielfach die Berechtigung der clausula her [52]).

Es fragt sich, ob für den Vorvertrag nach dem geltenden Recht ein der Klausel entsprechender Rechtssatz gegeben ist.

Vom Standpunkt des BGB, welches lediglich einen Spezialfall des Vorvertrages, nämlich das Darlehnsversprechen erwähnte, und hier die clausula anwendet, lautet die Fragestellung:

1. Kann ein solcher Rechtssatz im Wege der Analogie aus § 610 oder anderen Normen für den Vorvertrag im allgemeinen oder für einzelne Vorverträge zu bestimmten Hauptverträgen entnommen werden?
2. Läßt sich aus dem BGB ein für alle Verträge, insbesondere auch den Vorvertrag maßgebendes Klauselprinzip herleiten?

Zu 1: Die analoge Ausweitung der speziellen Klauselnorm des § 610 zu einem alle Vorverträge oder Verträge überhaupt umfassenden Rechtsprinzip wird von der herrschenden Lehre, insbesondere auch der Rechtsprechung des Reichsgerichts mit Recht für unzulässig erachtet [53]). Gegen diese Analogie spricht der eindeutig singuläre Cha-

---

[50]) Soweit die Klausel als tatsächliche Vertragsabrede dem Inhalt eines einzelnen Vertrages zu entnehmen ist, handelt es sich lediglich um eine Auslegungsfrage gem. §§ 133, 157 BGB, die mit der eigentl. Klauselehre nichts zu tun hat.

[51]) Man nahm vielfach an, daß die Klausel, wo sie nicht gesetzlich anerkannt war (wie z. B. im ALR a. a. O.), ohne weiteres jedem Vorvertrag innewohne. Vgl. Seuff. Arch. 2, Nr. 165; weiteres über diese Lehre bei Göppert, S. 426 ff, und Regelsberger i. Endemann's Handb., S. 419 ff. Gegen diese unhaltbare Konstruktion mit Recht: Göppert a. a. O. u. bes. auch O. A. G. Lübeck in Seuff. Arch. 26, Nr. 212.

[52]) So namentlich für den Vorvertrag zu Realverträgen: Dernburg, Pand. II, S. 85, u. Pr. Privatrecht II, § 197, Degenkolb, S. 47; ferner auch das sächs. BGB, §§ 1174, 1261.

[53]) Vgl. die Komm. zu § 610 (insbes. Staudinger, Erl. 5 zu § 610) und

rakter dieser Norm [54]). Es handelt sich um eine speziell für das Darlehnsversprechen gegebene Sonderbestimmung, welche entgegen dem das gesamte BGB beherrschenden Grundsatz der Vertragstreue (pacta sunt servanda) die Klausel in einer besonderen Ausgestaltung ausnahmsweise zuläßt. Die Existenz dieser Spezialvorschrift rechtfertigt den Umkehrschluß, daß ein allgemeines Klauselprinzip vom Gesetzgeber keinesfalls anerkannt ist. Dagegen steht nichts im Wege, innerhalb des engeren Grundgedankens der Vorschrift des § 610 die entsprechende Anwendung auf wirtschaftlich ähnlich gestaltete Kreditgeschäfte grundsätzlich zuzulassen [55]).

Soweit danach der in § 610 enthaltene Klauselsatz für bestimmte Gruppen von Hauptverträgen (Kreditverträge) analog gilt, bestehen auch keine Bedenken, ihn auf die entsprechenden einseitigen Vorverträge zu diesen Hauptverträgen anzuwenden. Wer z. B. den Abschluß eines Vertrages verspricht, der eine Kreditzusage enthält, kann somit sein Versprechen widerrufen, wenn nach dessen Abgabe in den Vermögensverhältnissen des anderen Teils eine wesentliche Verschlechterung eintritt, welche den künftigen Rückerstattungsanspruch aus dem abzuschließenden Kreditvertrag gefährdet.

Sofern das Gesetz den Klauselgedanken in besonderer Gestaltung für eine bestimmte Kategorie von Hauptverträgen (z. B. gegenseitige Hauptverträge) allgemein anerkannt hat, bedarf es einer besonderen Prüfung, inwieweit für die hier in Betracht kommenden Vorverträge entsprechendes gilt. In diesem Zusammenhang ist insbesondere die Vorschrift des § 321 zu würdigen. Sie enthält zwar nicht die eigentliche clausula (mit der Wirkung der Vertragslösung, Rücktrittsrecht), sondern nur eine teilweise Anerkennung des Klauselgedankens, nämlich die Beschränkung der Vorleistungspflicht .Diese Bestimmung will den aus einem gegenseitigen Hauptvertrag Vorleistungspflichtigen davor schützen, daß er beim späteren Eintritt einer Vermögensverschlechterung des Vertragsgegners, welche er bei Übernahme der Vorleistungspflicht noch nicht voraussehen konnte, trotzdem vorleisten muß und daurch Gefahr läuft, die Gegenleistung (z. B. den Kaufpreis für die gelieferte Ware) zu verlieren. Ihre direkte Anwendung auf den zweiseitigen Vorvertrag scheitert einmal schon daran, daß dieser kein gegenseitiger Vertrag ist, und zum anderen an dem Begriff

---

RG 50/257, 60 59, 86/398, 99/259. Ferner Regelsberger (Endemann's Handb.) II, S. 419, Geller, S. 33.

[54]) Vgl. die Motive II, S. 315.

[55]) Vgl. hierzu RG 60/58, 92/426, 94/46, 68, 100/82, JW 1920, S. 221, und insbes. Oertmann, Erl. 2 a zu § 610 (dort weitere Zit.).

der Leistung (Gegenleistung) im Sinne des § 321, da der Gesetzgeber hierunter offenbar nur reale Vermögensleistungen (nicht dagegen auch schon bloße Willenserklärungen) gemeint hat.

Der angedeuteten ratio des Gesetzes dürfte es entsprechen, auch dem Schuldner des Vorvertrages zu einem gegenseitigen Hauptvertrag bereits das Recht zur Verweigerung des Hauptvertragsschlusses zu geben, wenn er auf Grund des künftigen Hauptvertrages vorleistungspflichtig ist und noch vor dessen Abschluß in den Vermögensverhältnissen des anderen Teils eine wesentliche Verschlechterung eintritt, die den künftigen Gegenleistungsanspruch des Vorvertragsschuldners aus dem Hauptvertrag gefährdet; denn andernfalls würde der Vorvertragsschuldner gezwungen werden können, trotz einr nach Abschluß des Vorvertrages eingetretenen Änderung der Vermögensverhältnisse des Gegners den Hauptvertrag zu schließen und aus diesem vorzuleisten (z. B. die Ware zu liefern), selbst auf die Gefahr hin, für seinen Anspruch auf die Gegenleistung aus dem Hauptvertrag (z. B. Kaufpreisforderung) keine Befriedigung zu erlangen. Die Vorleistung aus de mHauptvertrag kann in diesem Fall nicht verweigert werden, weil die Änderung der Vermögensverhältnisse bereits vor dem Abschluß des Hauptvertrages eingetreten und § 321 somit auf den Hauptvertrag nicht anwendbar ist. Die vom Gesetzgeber erstrebte Sicherung des Vorleistungspflichtigen aus dem gegenseitigen Hauptvertrag würde damit glatt vereitelt werden. Der Vorleistungspflichtige (aus dem Hauptvertrag) darf auch unmöglich lediglich deshalb schlechter gestellt sein, weil er einen Vorvertrag eingegangen ist.

Es erscheint hiernach gerechtfertigt, auch dem Schuldner aus dem Vorvertrag zu einem gegenseitigen Hauptvertrag das Weigerungsrecht des § 321 zu gewähren.

Das würde sich praktisch dahin auswirken, daß der Vorvertragsschuldner, der aus dem künftigen Hauptvertrag vorleisten müßte [56]), im Falle einer Änderung der Vermögenslage des Gegners (nach Abschluß des Vorvertrages) die Mitwirkung zum Hauptvertragsschluß solange ablehnen kann, bis ihm für die aus dem Hauptvertrag zustehende Gegenleistung [57]) Sicherheit geleistet wird.

Die Gegenleistung aus dem Hauptvertrag selbst kann er nicht

---

[56]) Auf diese Vorleistungspflicht aus dem Hauptvertrag kommt es allein an; unerheblich ist dagegen, ob der Vorvertragsschuldner bezüglich der Abgabe der Vertragsschlußerklärung vorleistungspflichtig ist.

[57]) Nicht etwa die Leistung aus dem Vorvertrag, nämlich die Konsenserklärung des anderen Teils, weil diese beim Vorvertrag niemals eine Gegenleistung ist und als solche für den Schuldner aus (einseitigem) Vorvertrag kein Interesse hat.

verlangen (§ 321), da ja vor dem Abschluß des Hauptvertrages gar kein Anspruch hierauf besteht. Der Vorvertragsschuldner ist daher auf die Forderung der Sicherheistleistung beschränkt. Es handelt sich hier um eine Sicherheit für einen erst künftig entstehenden Anspruch (aus dem Hauptvertrag). Durch die entsprechende Einrede gegenüber dem Anspruch auf Erfüllung des Vorvertrages wird der Vorvertragsschuldner gegen den Zwang des Hauptvertragsschlusses und die sich aus dem Hauptvertrag ergebenden Vorleistungen ohne Sicherstellung geschützt [58]).

Das BGB hat ferner bei einzelnen Typen von Hauptverträgen den Klauselgrundsatz in der Form anerkannt, daß beim Vorhandensein eines wichtigen Grundes oder unter bestimmten Voraussetzungen das Recht der sofortigen Kündigung des betreffenden Hauptvertrages gegeben ist (z. B. §§ 605, 626, 696, 723). Aus diesen Sonderbestimmungen kann aber (etwa im Wege der Rechtsanalogie) für den Vorvertrag als solchen ebensowenig wie allgemein für Schuldverträge ein Rücktritts- oder Kündigungsrecht bei wichtigem Grunde hergeleitet werden. Eine andere Frage ist, ob nicht der in diesen Fällen anerkannte Klauselgedanke bei den einzelnen Vorverträgen zu den entsprechenden Hauptverträgen (Leihe, Dienstvertrag, Verwahrungsvertrag, Gesellschaft) ebenfalls zu berücksichtigen ist. Dies ist grundsätzlich zu bejahen [59]). Wenn nach dem Abschluß eines Vorvertrages zu einem Dienstvertrag, einer Leihe oder Verwahrung noch vor dem Abschluß des entsprechenden Hauptvertrages die Voraussetzungen eintreten, unter denen der künftige Hauptvertrag gekündigt werden könnte, so verstößt der Zwang zur Erfüllung des Vorvertrages, d. h. zum Abschluß des sofort kündbaren Hauptvertrages gegen Treu und Glauben [60]). Der Vorvertragsschuldner muß in solchem Fall von seiner Verpflichtung aus dem Vorvertrag entbunden werden. Man wird ihn in den genannten Fällen nicht nur auf Grund des § 242 (exceptio

---

[58]) Man kann dieses Ergebnis nicht dadurch erreichen, daß unter „Abschluß des Vertrages" im Sinne des § 321 auch der Vorvertrag verstanden wird. Gegen diese unmittelbare Anwendung des § 321 auf den Vorvertrag sprechen die bereits oben, S. 83, geäußerten Bedenken. Die Regelung des § 321 paßt auch gar nicht auf die Leistungen aus dem Vorvertrag (Konsenserklärungen); denn dem Vorvertragsschuldner würde die vorzeitige Bewirkung der Leistung des anderen Teils (Abgabe der Annahmeerklärung) gar nichts nützen; sie würde im Gegenteil den Abschluß des für ihn vorleistungspflichtigen Hauptvertrages nur beschleunigen und damit seine Gefährdung bezüglich der Gegenleistung des Hauptvertrages unvermeidlich machen; im übrigen ist auch eine Sicherheitsleistung wegen der Konsenserklärung des anderen Teils zwecklos und praktisch wohl kaum möglich.

[59]) Vgl. bezüglich der Leihe u. Verwahrung Oertmann II zu § 605, I, u. § 696; Endemann, § 185 (1160, Note 3); Berndt, S. 63 ff.

[60]) Vgl. § 7, S. 69.

doli) schützen, sondern darüber hinaus in analoger Anwendung der §§ 605, 626, 696, 723 ihm das Recht der fristlosen Kündigung des Vorvertrages zubilligen müssen.

In gleicher Weise wird z. B. auch der Vorvertrag zur Miete beim Eintritt der Voraussetzungen der §§ 542, 544 nach Abschluß des Vorvertrages (jedoch noch vor dem Hauptvertragsschluß) zu beurteilen sein[61]). Auch die Fälle, in denen der Hauptvertrag beispielsweise wegen Sachmängel rückgängig gemacht werden könnte (Wandlung), sind in diesem Zusammenhang zu nennen (z. B. §§ 459, 460, 462). Hier steht dem auf Abschluß des Hauptvertrages verklagten Vorvertragsschuldner, welcher den Hauptvertrag sogleich wieder wandeln könnte, ebenfalls § 242 zur Seite, da das Verlangen des Berechtigten gegen Treu und Glauben verstößt[62]).

Z 2: Da das geltende Recht für den Vorvertrag als solchen (anders bei den dargelegten einzelnen Vorvertragstypen) keinen Klauselrechtssatz ergibt, bleibt noch die allgemeine, hier mittelbar interessierende Frage zu beantworten, ob die Klausel als ein für alle Schuldverträge, insbesondere auch den Vorvertrag, maßgebendes Rechtsprinzip im BGB verankert ist[63]).

Faßt man den eigentlichen Tatbestand der clausula ins Auge, wonach bereits die Änderung der beim Abschluß eines Schuldvertrages bestehenden Verhältnisse dem hiervon betroffenen Teil ohne weiteres das Recht zur Lossagung vom Vertrage gibt, so kann nicht zweifelhaft sein, daß ein solcher Satz im BGB keine Rechtsgrundlage hat. Das Gesetz legt vielmehr für das gesamte Vertragsrecht den „Fundamentalsatz aller entwickelten Rechtsordnungen“[64]) zugrunde, daß Verträge gehalten werden müssen (pacta sunt servanda). Wer einen Vertrag eingeht, muß grundsätzlich auch für die Erfüllung einstehen und kann nicht ohne weiteres mit Rücksicht auf nicht vorausgesehene, spätere Ereignisse oder ihm unbekannt gewesene Umstände[65]) sich von seinen Pflichten befreien. Die clausula in diesem Sinne (als allgemeines Prinzip) ist deshalb von der überwiegenden Rechtslehre und auch dem Reichsgericht mit Recht abgelehnt worden[66]).

---

[61]) Vgl. S. 69.
[62]) Vgl. auch S. 70.
[63]) Bejahend namentlich Stahl a. O. (vgl. Diss. S. 130, Note 2).
[64]) Enneccerus-Lehmann a. O., S. 157.
[65]) In diesem Sinne wurde die clausula von Krückmann erweitert. Sie umfaßt danach nicht nur die nachträglich veränderten, sondern auch die bloß anders vorgestellten Umstände (den späteren Geschäftsirrtum i. S. Oertmann's). Vgl. Krückmann i. Arch. ziv. Pr. 116/157, LZ 1920/545, JW 1921/453 und 1923/115.
[66]) Vgl. bei Enneccerus-Lehmann a. a. O., S. 159.

Der wirtschaftliche Ausnahmezustand während des Weltkrieges und die grundstürzende, oft von heute auf morgen eintretende Veränderung der allgemeinen Lebens- und Wirtschaftsverhältnisse in der Nachkriegszeit (insbes. die Geldentwertung) brachten auch für die Rechtsanwendung durchgreifende Wandlungen mit sich und nötigten die Gerichte im Interesse der allgemeinen Rechtssicherheit, dem Schuldner, für den das Festhalten am Vertrage oft mit dem wirtschaftlichen Ruin gleichbedeutend war, zu helfen. Zur Rechtfertigung solcher Versuche, einen früher geschlossenen Vertrag mit den tatsächlichen zur Zeit der Erfüllung bestehenden Verhältnissen in Einklang zu bringen, wurde vielfach auch der Klauselgedanke herangezogen und den besonderen Umständen des Falles angepaßt [67]). Krückmann hatte bereits den Klauselgedanken auch auf solche Fälle ausgedehnt, in denen nicht eine nachträgliche Veränderung der Verhältnisse, sondern nur eine unrichtige Vorstellung der Parteien über das Vorhandensein oder Nichtvorhandensein bestimmter Umstände gegeben ist [68]). In dieser Richtung wurde nunmehr die clausula durch die Lehre von der sogen. Geschäftsgrundlage weiter ausgebaut und neuartig begründet [69]). Unter dem Gesichtspunkt des Fehlens oder des Wegfalls der Geschäftsgrundlage erkannte das Reichsgericht vielfach das Recht zum Rücktritt für eine Vertragspartei an [70]).

Der durch den Weltkrieg und seine Folgeerscheinungen auch für die Rechtslehre und Rechtsprechung begründete Ausnahmezustand darf heute als endgültig beseitigt gelten. Die Gerichtentscheidungen aus jener, nunmehr überwundenen Zeit sind daher bei der Feststellung gegenwärtig geltender Rechtsgrundsätze nur mit größter Vorsicht zu verwerten [71]). Zu betonen ist jedoch, daß weder das Reichsgericht noch die Rechtslehre jemals den Satz anerkannt haben, daß der Eintritt neuer Verhältnisse (Wegfall der Geschäftsgrundlage) für sich allein mangels einer besonderen Parteivereinbarung ganz allgemein und ohne weiteres ein Recht zum Rücktritt vom Vertrage be-

---

[67]) Vgl. namentlich das bemerkensw. Urteil d. RG v. 21. IX 20, RG 100/130, wo zum erstenmal entgegen der bis dahin die Klausel ablehnenden Haltung des RG der Klauselgesichtspunkt als tragende Rechtsgrundlage der Entscheidung verwertet wird. Ferner auch: 103/177, 329. — Nicht hierher gehören die Fälle, wo die Klausel als Vertragsabrede durch Auslegung des Vertragsinhaltes gem. § 133, 157 BGB festgestellt wird.

[68]) Krückmann a. O., Note 14.

[69]) Vgl. Oertmann, „Die Geschäftsgrundlage", 1921. Dazu: Locher, Arch. ziv. Pr. 121/1 ff, PlumArch. ziv. Pr. 130/214.

[70]) Vgl. namentlich RG 103/329, 106/13, 107/153, 110/376.

[71]) Vgl. hierzu auch Art. 2 d. Reichsges. zur Änderung von Vorschriften des Strafverfahrens u. d. Ger. Verf. Ges. vom 28. Juni 1935; RGBl. S. 844.

gründe (eigentliche clausula). Das Reichsgericht hat vielmehr stets die besonderen Umstände des einzelnen Falles entscheiden lassen und regelmäßig nur dann ein Abgehen vom Vertrage für berechtigt erklärt, wenn infolge der nicht vorausgesehenen oder unbekannt gewesenen Umstände dem Schuldner die Erfüllung nach Treu und Glauben nicht mehr zugemutet werden konnte [72]). Der die Entscheidungen des Reichsgerichts tragende Rechtsgedanke ist also der Norm des § 242 BGB entnommen.

Auch der Gesichtspunkt der Geschäftsgrundlage ist letzten Endes nur mit der weiteren Erwägung zu rechtfertigen, daß infolge des Fehlens oder des Wegfalls der Geschäftsgrundlage die Erfüllung des Vertrages nach der Gesamtlage der Umstände mit Treu und Glauben nicht mehr vereinbar ist [73]).

Die entscheidende Rechtsgrundlage sowohl für die Berücksichtigung von vornherein fehlender (grundlegender) Umstände als auch einer späteren Änderung der Verhältnisse ist hiernach der Grundsatz von Treu und Glauben gemäß § 242.

Im Ergebnis ist sonach festzustellen, daß die Klausel als außerhalb des § 242 BGB stehendes, selbständiges Rechtsprinzip keine Daseinsberechtigung hat.

Der Klausegedanke ist daher auch auf den Vorvertrag nur in der Form der für alle Schuldverträge maßgebenden Norm des § 242 anwendbar.

Wann hiernach die Erfüllung des Vorvertrages dem Schuldner mit Rücksicht auf Treu und Glauben sowie die Verkehrssitte nicht mehr zugemutet werden kann, ist nach den besonderen Umständen des konkreten Falles zu entscheiden. Einzelne Rechtssituationen dieser Art sind bereits hervorgehoben worden [74]). Man wird vor allem auch solche Umstände berücksichtigen müssen, welche nicht nur die Leistung des Vorvertrages (den Abschluß des Hauptvertrages), sondern die Erfüllung des Hauptvertrages betreffen und möglicherweise eine Gefährdung des Leistungsanspruchs aus dem Hauptvertrag ergeben. Wenn die Hauptvertragsleistungen für den Vorvertragsschuldner keinen Zweck mehr haben — z. B. die Absatzverhältnisse für die künftig

[72]) siehe die Entsch. in RGRK zu § 242, Erl. 4 d ß, und ferner Erl. 4 a E.

[73]) In diesem Sinne hat auch das RG den Begriff der Geschäftsgrundlage verwertet. Vgl. HRR 1929, 374, ferner: RG 103/329, 106/9, u. i. Warn. 1923/24, Nr. 140, Nr. 167; JW 1925/243, Nr. 29. — Zu dem gleichen Ergebnis kommt auch Lehmann (Enneccerus-Lehmann II, § 41, II u. III), der grundsätzlich der Lehre von der Geschäftsgrundlage den Vorzug gibt, aber zugibt, daß es immer entscheidend darauf ankomme, ob das Rücktrittsrecht durch Treu und Glauben im Hinblick auf den Vertragszweck geboten ist.

[74]) Vgl. S. 69, 84.

zu kaufenden Industrieerzeugnisse sind infolge eines nach dem Abschluß des Vorvertrages auftretenden allgemeinen und amtlich unterstützten Boykotts grundlegend gestört — so ist auch die Erfüllung des Vorvertrages, d. h. der Abschluß des Hauptvertrages, für ihn wertlos und nicht mehr zumutbar (§ 242 BGB).

B. Österreichisches Recht.

Das ABGB hat den Gedanken der clausula rebus sic stantibus nicht allgemein, sondern nur in einzelnen Bestimmungen anerkannt[75]). Eine solche Klauselbestimmung enthält der für den Vorvertrag grundlegende § 936. Der Gesetzgeber ging bei der Aufstellung dieser Vorschrift von der richtigen Erwägung aus, daß eine Regelung des Vorvertrages ohne die clausula nur unvollkommen sein kann, weil gerade eine der praktisch bedeutsamsten Fragen nicht berücksichtigt werden würde[76]). Er legte daher das Klauselprinzip nicht nur einzelnen Vorverträgen zugrunde, sondern verankerte es in einer für alle Vorverträge maßgebenden Norm[77]).

Die Klauselbestimmung des § 936 lautet[78]): „Die Verabredung, künftig erst einen Vertrag zu schließen, ist nur dann verbindlich, wenn ... die Umstände inzwischen nicht dergestalt verändert worden sind, daß dadurch der ausdrücklich bestimmte oder aus den Umständen hervorleuchtende Zweck vereitelt oder das Zutrauen des einen oder anderen Teils verloren wird."

Die Anwendung der Klausel erfordert zunächst, daß sich die Umstände nach dem Abschluß des Vorvertrages („inzwischen"), aber

---

[75]) Vgl. die Aufzählung b. Pfaff, S. 330. In der österreichischen Rechtslehre wird aber vielfach ein allgemeiner Rechtssatz mit einem der Klausel entsprechenden Inhalt im Wege der Analogie hergeleitet. Vgl. Pisko i. Klang Komm. Erl. B II zu § 901. Hierfür besteht im österreichischen Recht angesichts des Fehlens einer dem § 242 BGB entsprechenden Norm ein Bedürfnis.

[76]) Die Notwendigkeit dieser Sonderbestimmung ergab sich aus einer grundsätzlichen Anerkennung der allgemeinen Regel, daß man von einem Vertrage nicht schon deshalb abgehen kann, weil eine nachträgliche Veränderung der Umstände eingetreten ist. Vgl. Zeiller 23, 149.

[77]) Die Klausel des § 936 ist nur auf den Vorvertrag anwendbar und nach der herrschenden österreichischen Lehre einer Anwendung auf andere Verträge nicht fähig. Vgl. Gschnitzer (Klang zu § 936, Erl. II, 3a).

[78]) Die Bestimmung lehnt sich an das Vorbild im ALR I 11, § 657, an. § 657 lautet: „Dahin gehört besonders (gemeint ist der Einwand der veränderten Umstände, von dem § 656 spricht), wenn nach dem Versprechen in den persönlichen oder Vermögensumständen des Borgers Veränderungen vorgefallen sind, wodurch die persönliche oder dingliche Sicherheit, auf welche der Leiher bei dem Versprechen Rücksicht genommen, geschmälert wird."

noch vor dem Hauptvertragsschluß verändert haben [79]). Die herrschende österreichische Lehre erklärt jedoch in bewußter Abweichung von diesem eindeutigen Sinn und Wortlaut des Gesetzes bereits für genügend, daß der entscheidende Umstand schon beim Vorvertragsschluß vorhanden gewesen war bzw. gefehlt hat, und daß der Vorvertragsschuldner erst später (jedoch noch vor dem Abschluß des Hauptvertrages) hiervon Kenntnis erlangt oder sich entsprechend geirrt hatte [80]). Entgegen dem ausdrücklichen gesetzlichen Erfordernis einer objektiven Veränderung der Umstände soll danach bereits das bloß subjektive Moment der unrichtigen Vorstellung einer Partei über das Vorhandensein oder Nichtvorhandensein bestimmter Umstände beim Vertragsschluß ausreichend sein [81]). Es mag zutreffen, daß im österreichischen Recht mit Rücksicht auf die Irrtumsregelung des AGBG mit ihren beschränkten Anfechtungsmöglichkeiten ein Bedürfnis nach einem Ersatz in Form der clausula vorhanden ist [82]). Solange aber die Norm des § 936 in ihrer klaren und einschränkenden Fassung gilt, ist eine Erweiterung des gesetzlichen Klauselinhalts weder unter dem Gesichtspunkt der ausdehnenden Auslegung [83]) noch der ergänzenden Rechtsschöpfung zu rechtfertigen; denn es würde sich unzweifelhaft um eine Gesetzesänderung handeln [84]). Auch die allgemeine Formulierung der herrschenden Ansicht, wonach bereits die bloße Unkenntnis (unrichtige Vorstellung) über wesentliche Umstände des § 936 berücksichtigt werden soll, ist nicht zu billigen. Soll der Verpflichtete schon auf Grund der Tatsache, daß er beim Abschluß des Vorvertrages einen gewissen Zustand irrtümlicherweise voraussetzte, sich nunmehr vom Vertrage lossagen können, wenn er den Irrtum entdeckt, trotzdem er diesen Irrtum selbst verschuldet

---

[79]) Ist der Hauptvertrag bereits geschlossen, dann gibt es keine Berufung auf die Klausel mehr.

[80]) Vgl. Ehrenzweig, § 313 IV, Pfaff, S. 348 ff, Gschnitzer (Klang) zu § 936 II 3; ferner: E. 18. XII. 00, Gl.-U. N. F. 1216.

[81]) Die veränderten Umstände in diesem Sinne entsprechen etwa dem Klauselbegriff von Krückmann a. O und der sogen. Geschäftsgrundlage nach Oertmann. Diese Ausdehnung des Klauselbegriffs dürfte aber vom österreichischen Gesetzgeber gewiß nicht gewollt sein.

[82]) Das ABGB folgt (mit Ausnahme bei der Ehe, letztwilligen Erklärungen und Schenkungen, wo die Willenstheorie anerkannt ist) im wesentlichen der sogen. Vertrauenstheorie. Der Irrtum ist nur beachtlich, wenn er dem Gegner bekannt oder erkennbar war oder rechtzeitig aufgeklärt wurde, ebenso wenn er vom Gegner hervorgerufen wurde; aber in allen Fällen nur unter ganz bestimmten Voraussetzungen: Er muß den Gegenstand, die Person oder eine wesentliche Eigenschaft betreffen (§§ 870—876). Die Geltendmachung erfolgt durch Klage. Vgl. hierzu Arch. ziv. Pr., Bd. 15 N. F., S. 152 ff.

[83]) Dies will Gschnitzer a. O., Erl. II 3 zu § 936.

[84]) Diese wäre lediglich kraft Gewohnheitsrechts denkbar.

hatte?[85]) Die herrschende Lehre erscheint nach alledem äußerst bedenklich und ist vom Standpunkt des ABGB abzulehnen.

Die Anwendung der Klausel setzt weiterhin voraus, daß die veränderten Umstände auf das zwischen den Parteien bestehende Vorvertragsverhältnis in bestimmter Weise eingewirkt haben. Hier sind zwei Fälle zu unterscheiden:

1. Es muß infolge der Veränderung der ausdrücklich bestimmte oder aus den Umständen sich ergebende Zweck vereitelt sein. Das Gesetz spricht ganz allgemein von dem Zweck, ohne irgendwie anzudeuten, ob hier der Zweck des Vorvertrages oder derjenige des Hauptvertrages oder beide Vertragszwecke gemeint sind.

Nach dem Wortlaut und der ratio des § 936 kann aber kaum zweifelhaft sein, daß sowohl der besondere Zweck des Vorvertrages, nämlich die Sicherung des Hauptvertragsschlusses als auch die mit dem künftigen Hauptvertragsschluß von einem oder beiden Kontrahenten erstrebten wirtschaftlichen, sittlichen oder rechtlichen Zwecke hier zu berücksichtigen sind. Schon aus dem funktionellen Verhältnis des Vorvertrages zum Hauptvertrag, dessen Zustandekommen der Vorvertrag sichern soll, ergibt sich, daß von dem Berechtigten aus dem Vorvertrag gleichzeitig mit dem Hauptvertragsschluß — dieser hat als solcher allein für ihn keine Bedeutung — mittelbar die Erfüllung desselben d. h. die Herbeiführung der entsprechenden realen Vermögensleistungen begehrt wird. Der Zweck im Sinne des § 936 wird daher nicht nur dann vereitelt, wenn für den Abschluß des beabsichtigten Hauptvertrages kein vernünftiges Interesse mehr gegeben ist, sondern auch und gerade dann, wenn die mit dem Hauptvertrag erstrebten Leistungen (z. B. die Lieferung einer bestimmten Warenmenge) infolge der veränderten Verhältnisse für den Vorvertragsgläubiger und Berechtigten aus dem künftigen Hauptvertrag wert- und bedeutungslos geworden sind. Hier kommen insbesondere auch diejenigen Fälle in Betracht, welche den für das deutsche Recht erwähnten Beispielen entsprechen (vgl. S. 84). Eine solche Zweckvereitlung liegt beispielsweise vor, wenn der künftige Mieter, der sich vorvertraglich gebunden hat, wider Erwarten an einen anderen Dienstort versetzt wird; der beabsichtigte Mietvertrag hat damit für ihn seinen Zweck eingebüßt.

Im übrigen können auch alle sonstigen bei dem Abschluß des Vorvertrages erkennbar berücksichtigten Zweckgesichtspunkte, selbst

[85]) Während Ehrenzweig a. O. und Pfaff a. O. offenbar von einem Verschulden der irrenden Partei ganz absehen, will Gschnitzer a. O. nur den schuldlosen Irrtum den veränderten Umständen gleichstellen. Vom Standpunkt der herrschenden Lehre dürfte diese Einschränkung geboten sein.

wenn sie nicht in Beziehung zur Hauptvertragserfüllung stehen, gemäß § 936 unter dem Klauselgesichtspunkt Berücksichtigung finden. In Betracht kommt allerdings stets ein solcher Zweck, der nicht schon ausdrücklich oder stillschweigend zur Vertragsbedingung erhoben worden ist; denn im letzteren Falle würde der Vorvertrag wie jeder andere Vertrag schon nach allgemeinen Grundsätzen wegen Vereitlung der Vertragsbedingung unverbindlich sein [86]).

Nicht entscheidend ist, ob die hier in Betracht kommenden Zwecke nur von einer Partei oder beiden Vertragsteilen verfolgt werden. Es genügt, daß ihn entweder beide Parteien gekannt haben, oder daß er dem Gegner zumindest erkennbar gewesen ist. Dieses letztere Erfordernis entspricht dem Wortlaut des Gesetzes, wonach der Zweck aus den Umständen „hervorleuchtend" sein muß. Die Praxis bietet zahlreiche Beispiele für eine solche Zweckvereitlung [87]).

2. § 936 läßt weiterhin eine solche Veränderung der Umstände genügen, durch die das bloße Zutrauen des einen oder anderen Teils verloren wird. Dieser Satz ist in seiner rechtlichen Tragweite bedenklich, weil er der Klausel eine nahezu unbeschränkte Anwendungsmöglichkeit bietet. Der ratio des Gesetzes dürfte es entsprechen, nicht allgemein jedes erwachende Mißtrauen einer Vertragspartei genügen zu lassen, sondern den Verlust des Zutrauens auf die Vertragstreue, und zwar auf die künftige Hauptvertragserfüllung, zu fordern. Das Zutrauen dürfte im Sinne des Gesetzes hiernach dann verloren sein, wenn zu besorgen ist, daß die aus dem Hauptvertrag geschuldete Leistung nicht oder nicht in gehöriger Weise erfolgen wird [88]).

Ein gesetzliches Beispiel für den Verlust des Zutrauens im Sinne

---

[86]) Vgl. § 908 ABGB und dazu Komm. von Klang, Erl. A I 1.

[87]) Vgl. E. 4. V. 1859 i. Allg. Öst. Ger.-Z. Nr. 141 (Jahrg. 1862): Die Reise, für die ein Wagen zu mieten verabredet wird, kommt nicht zustande. Ferner E. 11. II. 1902 i. Zentr. Bl. 1902, 184: Die Gattin des Käufers eines für sie bestimmten Wagens stirbt plötzlich. — Die Frage, ob der Tod einens Kontrahenten den Zweck vereitelt, ist keineswegs allgemein zu bejahen. In der Regel wird dies vielmehr nicht der Fall sein, da der Anspruch aus dem Vorvertrag nach § 918 ABGB auf den Erben übergeht. Nur wenn der Hauptvertrag durch den Tod erlöschen würde, muß auch der Zweck des Vorvertrages als vereitelt angesehen werden. Zutreffend: Pfaff, S. 351; vgl. auch [Tod]: § 9, S. 166, 167. Vgl. ferner: E. 21. V. 12, Gl.-U. N. N. 5925, E. 12. VI. 1923 u. E. 24. IV. 23 i. S. Z. V. 103, 153 (Geldentwertung macht den Vorvertrag hinfällig).

[88]) Richtig: auch: Pfaff a. O. u. Gschnitzer a. O., Erl. II 3 b, ferner Gl.-U. 5806, 7022. Die Auffassung der herrschenden Lehre, wonach auch der Irrtum den veränderten Umständen im Sinne des § 936 gleichzusetzen ist, erscheint unter Berücksichtigung dieser außerordentlich weiten Fassung des Gesetzes hier ganz besonders bedenklich; danach könnte jede Partei nach Abschluß des Vorvertrages sich einfach mit dem Hinweis lossagen, daß sie sich über bestimmte Umstände, die angeblich ihre Vertrauensgrundlage waren, geirrt habe.

des § 936 bietet die Vorschrift des § 1210 ABGB. Hier ist gesagt, daß ein Gesellschaftsmitglied vor Ablauf der Zeit (für die die Gesellschaft eingegangen ist) von der Gesellschaft ausgeschlossen werden kann, wenn es die wesentlichen Bedingungen des Gesellschaftsvertrages nicht erfüllt, in Konkurs verfällt, als Verschwender gerichtlich erklärt, ferner wenn es durch ein Verbrechen das Vertrauen verliert. In allen diesen Fällen wird das Vertrauen in diesen Gesellschafter zerstört.

Beim Vorvertrag, der nach Zweck und Parteiabsicht lediglich das Zustandekommen des Hauptvertragsschlusses und die sich aus ihm ergebenden Rechtsfolgen herbeiführen soll, wird ein Vertrauensverlust im Sinne des § 936 regelmäßig dann gegeben sein, wenn der Berechtigte befürchten muß, daß die Leistungen des Hauptvertrages (z. B. die verkaufte Sache oder das veräußerte Recht) durch das Verhalten des Vorvertragsschuldners gefährdet werden.

Die Wirkungen der clausula äußern sich in folgender Weise:

Sind die dargelegten Voraussetzungen erfüllt, so erlischt der Vorvertrag ohne weiteres. Das Gesetz drückt dies umständlich so aus, als ob der Nichteintritt neuer Umstände eine Wirksamkeitsvoraussetzung des Vorvertrages wäre; das ist natürlich nicht der Fall. Der Vorvertrag soll vielmehr bis zur Änderung der Verhältnisse wirksam sein, von da ab jedoch hinfällig werden [89]).

Das Erlöschen des Vorvertrages tritt kraft Gesetzes (ipso jure) ein. Der österreichische Gesetzgeber hat die abgeschwächten Wirkungen, welche der clausula in anderen Rechtssystemen [90]) oder von der Rechtslehre vielfach beigelegt werden (Rücktritt, Widerruf, Kündigung, Leistungsverweigerungsrecht) abgelehnt. Eine Berufung auf die Änderung der Umstände ist nicht erforderlich; sie ist vielmehr von Amtswegen zu berücksichtigen.

Die Klausel des § 936 ist hiernach im Gegensatz zur eigentlichen clausula der gemeinrechtlichen Lehre keine fingierte Vertragsabrede, die aus der Absicht der Parteien vom Gesetzgeber allgemein vermutet wird, sondern eine Rechtsnorm, welche unabhängig von einem

---

[89]) Ein Anspruch auf Schadenersatz wird durch das Erlöschen des Vorvertrages nicht berührt. So kann z. B. der Gläubiger aus dem künftigen Hauptvertrag, der einen bestimmten Gegenstand erwerben will, von dem Vorvertragsschuldner Schadenersatz verlangen, wenn dieser vor dem Abschluß des Hauptvertrages die Sache beschädigt oder beiseite schafft und damit das Vertrauen auf die Vertragstreue im Sinne des § 936 erschüttert.

[90]) Vgl. §§ 610, 321, 626, 7223 BGB.

entsprechenden rechtsgeschäftlichen Parteiwillen an einen bestimmten Vertragstatbestand bestimmte Rechtswirkungen knüpft [91]).

Die rechtsvergleichende Betrachtung des Klauselgesichtspunktes beim Vorvertrag nach deutschem und österreichischem Recht zeigt, daß derselbe Erfolg, den das ABGB mit der entsprechenden Bestimmung des § 936 erstrebt, im deutschen Recht durch die elastische Norm des § 242 BGB wesentlich leichter erreicht wird. Vom Standpunkt des ABGB hat die Klausel eine besondere Berechtigung, da hier eine dem § 242 BGB entsprechende Vorschrift fehlt, im übrigen auch ein Bedürfnis nach einem Ersatz für die beschränkte Anfechtung wegen Geschäftsirrtums gegeben ist. Die vom deutschen BGB für alle Schuldverträge zugrunde gelegte Norm des § 242 vermag dagegen allen praktischen Bedürfnissen, insbesondere auch solchen, die sich im Falle irrtümlich vorgestellter oder tatsächlich veränderter, grundlegender Umstände beim Vorvertrag ergeben, in vollem Umfang gerecht zu werden; sie dürfte daher der Norm des § 936 ABGB vorzuziehen sein [92]).

§ 9: Das Erlöschen des Vorvertrages.

A. Deutsches Recht.

Der Anspruch aus dem Vorvertrag erlischt regelmäßig durch Erfüllung d. h. durch rechtsgültigen Abschluß des entsprechenden Hauptvertrages (§ 362).

Die vollwirksame Erfüllung setzt voraus, daß der Vorvertragsschuldner die erforderlichen Erklärungen insbesondere nach Inhalt und Form (Sprache) so abgibt, wie dies den vorvertraglichen Abmachungen und Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte entspricht (§ 242). Er hat in Person zu leisten (§ 267); dagegen braucht er die Erklärung an den Empfangsberechtigten nicht selbst zu übermitteln; es genügt, daß dies mit seinem Willen geschieht. Für die Annahme reichen möglicherweise auch schlüssige Handlungen des Verpflichteten aus, wenn eine empfangsbedürftige Erklärung nach der Verkehrssitte nicht zu erwarten ist oder der Vorvertragsgläubiger auf sie verzichtet hat (§ 151).

---

[91]) Die Klauselbestimmung des § 936 hat jedoch dispositiven Charakter. Es steht den Parteien frei, sie gegebenenfalls auszuschließen.

[92]) Vgl. hierzu Klang i. J. Bl. 1932/234 ff.

Die gesetzlichen Vorschriften über die Erfüllungssurrogate, z. B. die Leistung an Erfüllungsstatt (§§ 364 ff.), die Hinterlegung (§§ 372 ff.) oder die Aufrechnung (§§ 387 ff.) eignen sich nicht zur praktischen Anwendung auf den Vorvertrag; denn sie haben grundsätzlich Leistungen mit selbständigem Vermögenswert (vgl. §§ 364, 365: Sache, Recht, § 372: Geld, Wertpapiere, Urkunden) zum Gegenstand. Die Mitwirkung zum Vertragsschluß und der hierauf gerichtete Anspruch haben für sich allein keinen Vermögenswert, der durch einen anderen ersetzt werden könnte oder zur Hinterlegung oder Aufrechnung geeignet wäre. Die Leistung an Erfüllungsstatt dürfte daher praktisch kaum denkbar sein. Die Hinterlegung scheitert grundsätzlich daran, daß es an den Erfordernissen des § 372 (Geld, Wertpapiere und sonstige Sachen insbes. Urkunden) fehlt. Man wird aber z. B. bei einem Darlehnsversprechen dem Schuldner gestatten müssen, den Darlehnsbetrag bei Annahmeverzug des Vorvertragsgläubigers mit schuldbefreiender (und gleichzeitig forderungsbegründender) Wirkung (§ 387) zu hinterlegen.

Keine Besonderheiten bestehen beim Erlaß oder negativem Anerkenntnisvertrag (§ 397), den die Vorvertragsparteien jederzeit vereinbaren können.

Das Schuldverhältnis aus dem Vorvertrag erlischt ferner durch Vereinigung von Forderung und Schuld in einer Person (Konfusion), da niemand sein eigener Schuldner sein kann. Als Hauptfall dürfte hier namentlich die gegenseitige Beerbung der Vorvertragsparteien in Betracht kommen [93]).

Da der Vorvertrag seinem eigentümlichen Zweck nach den Abschluß des Hauptvertrages und die sich aus ihm ergebenden Leistungen herbeizuführen bestimmt ist, erlischt er unter dem Gesichtspunkt der Zweckerreichung, wenn der Berechtigte auf andere Weise (als durch Abschluß des Hauptvertrages) einen Anspruch auf den Gegenstand des Hauptvertrages erlangt; z. B. die Sache, die der Vorvertragsschuldner zu erwerben und an den Gläubiger zu verkaufen versprochen hat, fällt nach Abschluß des Vorvertrages dem Berechtigten auf Grund eines Vermächtnisses des verstorbenen Eigentümers zu oder wird ihm vom Eigentümer selbst zum Kauf angeboten; hier ist der Vorvertrag gegenstandslos geworden, weil sein Zweck, nämlich den Erwerb des Hauptvertragsgegenstandes sicherzustellen und zu ermöglichen, erreicht ist.

Die Zweckerfüllung kann gleichzeitig mit einer Unmöglichkeit der Leistung aus dem Vorvertrag verknüpft sein, so daß das Schuld-

[93]) Eine Ausnahme hiervon bietet z. B. der Fall des § 2175.

verhältnis (Vorvertrag) möglicherweise gemäß § 275 erlischt; z. B. der Vorvertragsberechtigte erwirbt nach Abschluß des Vorvertrages die Wohnung, deren Vermietung ihm vom Vorvertragsschuldner versprochen war. Hier ist ein rechtsgültiger Hauptvertragsschluß, weil auf eine objektiv unmögliche Leistung gerichtet, nicht möglich (§ 306). Die Erfüllung des Vorvertrages ist damit nachträglich unmöglich geworden. Trifft den Vorvertragsverpflichteten kein Verschulden, so wird er von der Verbindlichkeit befreit (§ 275).

Hierher gehört ferner der schon erwähnte Fall [94]), daß der Vorvertragsschuldner nach Abschluß des Vorvertrages (aber noch vor dem Hauptvertragsschluß) ohne sein Verschulden zur künftigen Leistung aus dem Hauptvertrag unvermögend wird; dann muß er trotz vorhandener Möglichkeit des rechtsgültigen Hauptvertragsschlusses ebenfalls frei werden, da ihm die Erfüllung des Vorvertrages nicht mehr zugemutet werden kann [95]).

Der Tod einer Vertragspartei zieht nicht ohne weiteres das Erlöschen des Vorvertrages nach sich; es kommt vielmehr darauf an, ob der Anspruch aus dem betreffenden Vorvertrag höchstpersönlichen Charakter hat oder nicht. Hierfür ist insbesondere die Natur des Hauptvertragsverhältnisses maßgebend. Betrifft dieses ein Rechtsverhältnis, welches an die Person der Beteiligten geknüpft ist und mit deren Tode erlischt, so muß dasselbe auch für die entsprechende vorvertragliche Bindung der künftigen Hauptvertragsbeteiligten gelten; daher erlöschen durch den Tod einer Vertragspartei z. B. die Vorverträge zur Leihe (§ 605), zur Gesellschaft (§ 727) oder zum Leibrentenvertrag (§ 759) [96]).

Ferner kommt eine vorzeitige Beendigung des Vorvertrages dann in Betracht, wenn vor dem Abschluß des Hauptvertrages die Voraussetzungen eintreten, unter denen nach dem Abschluß des Hauptvertrages das Recht zur Aufhebung oder Rückgängigmachung des Hauptvertrages gegeben ist. Hier sind als Hauptbeispiele die Fälle der §§ 542, 544, 605, 626, 696, 723 zu nennen, die bereits in anderem Zusammenhang gewürdigt sind [97]). Bei solcher Sachlage verliert die durch den Vorvertrag erzeugte Bindung im Hinblick auf die künftige Hinfälligkeit des Hauptvertrages ebenfalls ihren Zweck und Sinn

---

[94]) Vgl. S. 72.
[95]) Vgl. § 7, S. 72.
[96]) Im Ergebnis zutreffend: Geller, S. 34, Tobis, S. 80, Kerstjens, S. 48. Unrichtig dagegen: Göppert, S. 424, Degenkolb, S. 78, Bechmann, S. 275, Warnecke, S. 63.
[97]) Vgl. § 7, S. 84.

und bedarf in gleicher Weise der Aufhebung wie das Schuldverhältnis aus dem Hauptvertrag.

Von praktischer Bedeutung ist die weitere Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen der Vorvertrag durch Zeitablauf erlischt. In der Rechtslehre ist hierbei der Streit um die Verjährung des Anspruchs aus dem Vorvertrag entbrannt und diese als besonderes Problem des Vorvertrages behandelt [98]). Die Untersuchungen sind dabei in erster Linie auf die Anwendbarkeit der Verjährungsregeln des BGB gerichtet, wobei geprüft wird, ob für den Anspruch aus dem Vorvertrag grundsätzlich die dreißigjährige oder eine kürzere Verjährungsfrist in Betracht kommt. Demgemäß wird vielfach die Ansicht vertreten, daß der Anspruch aus dem Vorvertrag wie jede andere Forderung nach § 195 BGB verjährt, und eine Einschränkung nur für den Fall anerkannt, daß der Anspruch aus dem Hauptvertrag einer kürzeren Verjährung unterliegt; dann soll diese Verjährungsfrist auch für den Vorvertragsanspruch maßgebend sein [99]).

Eine andere Auffassung lehnt die Anwendung der Normen des BGB über die Anspruchsverjährung auf den Vorvertrag überhaupt ab. Danach soll dem Vorvertrag stets eine zeitliche Begrenzung immanent sein [100]).

Beide Ansichten berücksichtigen Zweck, Inhalt und Rechtsnatur der Vorvertragsbindung nicht in ausreichendem Maße.

Gegen die Übertragung der für den Hauptvertrag maßgebenden Verjährungsfristen auf den Vorvertrag spricht schon der selbständige Rechtscharakter des Vorvertrages. Die notwendige Unterscheidung beider Ansprüche (aus dem Vorvertrag und dem Hauptvertrag) bei der rechtlichen Beurteilung wird hier wie bei anderen problematischen Fragen des Vorvertrages z. B. hinsichtlich der Form oder des Inhalts [101]) außer acht gelassen. Durch die ratio des Gesetzes selbst (§ 196) ist eine ausdehnende Anwendung der für bestimmte Hauptverträge vorgeschriebenen, besonderen Verjährungsfristen auch auf den Vorvertrag nicht zu rechtfertigen [102]). Die in den Motiven [103]) zur Begründung dieser abweichenden Verjährungsfristen dargelegten rechtspolizeilichen und wirtschaftlichen Gesichtspunkte treffen lediglich auf die typischen, vom Gesetz erwähnten Geschäfte des täglichen

[98]) Vgl. Regelsberger in Endemanns Handb. II, S. 420, ferner: Deiter, S. 87, Berndt, S. 62.
[99]) Vgl. insbes. Geller, S. 34, und auch Kerstjens, S. 53.
[100]) So Böttcher, S. 56, Steinhagen, S. 131 ff, und auch Bergler, S. 72 ff.
[101]) Vgl. §§ 5 und 6.
[102]) So unzutreffend: Deiter, S. 87, Berndt, S. 63.
[103]) Motive I, S. 297, 298.

Verkehrs selbst und die ihnen entsprechenden Leistungsansprüche (Forderungen auf reelle Sachleistungen und nicht auf bloße Abgabe von Vertragsschlußerklärungen) zu. Es kann deshalb auch nicht behauptet werden, daß durch eine vorvertragliche Bindung der Zweck der Verjährungsvorschriften (§§ 196, 225) vereitelt werden würde [104]).

Man hätte sonach die gewöhnliche Anspruchsverjährung (§ 195) für den Vorvertrag zugrunde zu legen.

Allein dieses Ergebnis würde dem Wesen des Vorvertrages nicht gerecht werden.

Der Gesichtspunkt der Verjährung berührt doch nur die formelle Seite des Problems; er führt dazu, daß das Schuldverhältnis aus dem Vorvertrag auch noch nach Ablauf von 30 Jahren ständig fortbestehen und solange Wirksamkeit äußern könnte, bis der Vorvertragsschuldner die Einrede der Verjährung geltend macht.

Es ist richtig, daß die Verjährungsbestimmungen des BGB den Anspruch aus dem Vorvertrag ebenso wie jeden anderen Anspruch im Sinne des § 194 erfassen und durch den Vorvertrag nur innerhalb der gesetzlich zugelassenen Grenzen abdingbar sind (§ 225). Insofern ist jene Ansicht, welche den Vorvertrag hiervon ausnehmen will, nicht zutreffend. Eine für alle Vorverträge typische Parteiabsicht auf Verkürzung der normalen Verjährungsfrist kann nicht angenommen werden [105]); dies ist eine rein konstruktiv begründete Fiktion.

Die zuletzt erwähnte Auffassung enthält aber den durchaus richtigen Gedanken, daß die Bindung aus dem Vorvertrag ihrem Wesen nach zeitlich zu begrenzen ist. Diese Begrenzung der Wirksamkeitsdauer des Vorvertrages ist aber nicht aus einem (fingierten) Parteiwillen, sondern allein aus dem Gesichtspunkt des § 242 BGB zu rechtfertigen.

Die Anwendung der Grundsätze des § 242 läßt für eine Verjährung des Vorvertragsanspruches praktisch keinen Raum.

Es kann zwar nicht allgemein angenommen werden, daß der Vorvertrag danach schon hinfällig wird, wenn der vereinbarte Zeitpunkt des Hauptvertragsschlusses (der sich stets aus dem Vorvertrag ergeben muß, vgl. S. 52, 53) verstrichen ist; der einzelne Vorvertrag kann einen solchen fixgeschäftlichen Charakter haben (§ 361); als Grundsatz gilt dies jedoch nicht.

Andererseits rechtfertigt aber das Schuldverhältnis aus dem Vorvertrag eine besondere Beurteilung hinsichtlich seiner Wirksamkeitsdauer, weil es die Bindung eines bestimmten rechtsgeschäftlichen

104) So unrichtig: Böttcher, S. 55, Geller, S. 34, Steinhagen, S. 131.
105) So unzutreffend: Die in Note 100 zit. Schriftsteller.

Willensentschlusses einer Person zugunsten der anderen enthält. Derartige Eingriffe in die rechtsgeschäftliche Entschluß- und Handlungsfreiheit eines anderen sind schon ihrer Natur nach dann als sittenwidrig zu betrachten, wenn sie ein zeitlich unbilliges und ungerechtfertigtes Maß haben, also etwa jahrelang dauern sollen. Hier ist bereits der Inhalt des Vorvertrages unter dem Gesichtspunkt des § 138 auf seine Wirksamkeit zu überprüfen [106]), so daß praktisch die Begründung langdauernder Vorvertragsbindungen, die sich etwa auf Jahre oder gar Jahrzehnte erstrecken, von vornherein ausgeschaltet sein dürften.

Ähnliche Gesichtspunkte sind für die Beurteilung der Wirksamkeitsdauer des Vorvertrages auf Grund des § 242 zugrunde zu legen. Ist der wirksam vereinbarte Zeitpunkt des Hauptvertragsschlusses längst vorüber und von keiner Seite beachtet worden, so widerspricht es Treu und Glauben und den Verkehrsgepflogenheiten, den Schuldner noch jahre- oder gar jahrzehntelang an der Bindung des Willensentschlusses festzuhalten und ihn damit seiner wirtschaftlichen und rechtlichen Bewegungsfreiheit zu berauben. Hier wird insbesondere auch der namentlich in der Aufwertungsrechtsprechung anerkannte Gesichtspunkt zu berücksichtigen sein, wonach der Anspruch dann nicht mehr besteht, wenn der Schuldner aus dem Verhalten des Gläubigers schließen konnte, daß er nicht mehr in Anspruch genommen werde, und sich für die Zukunft (durch Vermögensdispositionen oder in sonstiger Weise) wirtschaftlich hierauf eingerichtet hat (§ 242) [107]). Macht der Vorvertragsgläubiger in einem billigerweise ihm zuzumutenden Zeitraum nach dem Fälligkeitstermin die Forderung aus dem Vorvertrag nicht geltend, so wird die spätere Verfolgung des Anspruchs regelmäßig gegen Treu und Glauben und die Verkehrssitte verstoßen, das Schuldverhältnis somit hinfällig sein.

Das österreichische Recht enthält gerade in diesem Punkt die praktisch bedeutsame Bestimmung, daß der Vorvertrag erlischt, wenn er nicht binnen Jahresfrist nach dem Zeitpunkt des vereinbarten Hauptvertragsschlusses vollzogen wird (§ 936) [108]). Der österreichische Gesetzgeber hat damit dem richtigen Gedanken Rechnung getragen, daß die Bindung des Vorvertrages mit Rücksicht auf ihren Zweck und die praktisch bei längerer Dauer sich ergebenden Unbilligkeiten zeitlich begrenzt werden muß. Dieser aus dem Wesen des Vorvertrages abzuleitende und gesetzlich anerkannte Gesichtspunkt wird für

[106]) Vgl. dazu über die Erfordernisse des Vorvertrages § 5, S. 49.
[107]) Vgl. z. B. RG i. DJZ. 32/1353.
[108]) Vgl. näheres hierüber zu B dieses Paragraphen.

das deutsche Recht bei der Anwendung des § 242 auf das Schuldverhältnis aus dem Vorvertrag unbedenklich als Maßstab und Auslegungsrichtsatz zu verwerten sein, um die hier auftauchenden Schwierigkeiten zu meistern. Da das Wesen und der rechtliche Tatbestand des Vorvertrages im österreichischen Recht dem des deutschen Rechts vollkommen entsprechen[109]), so wird auch hier der Leitsatz übernommen werden können, daß ein langes Warten des Vorvertragsgläubigers bei der Gltendmachung des bereits fälligen Anspruchs auf Vertragsschluß mit der Bindung aus dem Vorvertrag nicht vereinbar ist und zur Aufhebung führen muß.

Dieses Ergebnis ist beim Vorvertrag insbesondere auch deshalb gerechtfertigt, weil ja die Vorvertragsbindung ihrem Zweck nach nur als Schwebezustand gedacht ist und lediglich der Überbrückung eines dem Hauptvertragsschluß entgegenstehenden Hindernisses dienen soll. Ist der Weg für den Hauptvertragsschluß frei und auch der Fälligkeitstermin gekommen, so geht jedes weitere Warten des Gläubigers zu seinen Lasten. Die besondere Unbilligkeit einer längeren Bindung des Vorvertragsschuldners nach der Fälligkeit ergibt sich abgesehen von der Beschränkung der rechtsgeschäftlichen Handlungs- und Willensfreiheit weiter daraus, daß der Schuldner auch in dem weiten Umfange der sogenannten Leistungsbereitschaft[110]) verantwortlich bleibt. Es kann ihm unmöglich zugemutet werden, z. B. die Ware, die er dem Gläubiger zu verkaufen versprochen, oder die Sache, die er zu verleihen oder vermieten zugesagt hat, auch nach dem vorgesehenen Zeitpunkt des Hauptvertragsschlusses ständig für den Gläubiger zur Verfügung zu halten, bis es diesem beliebt, den Hauptvertrag zu schließen.

Die Anwendung des § 242 vermag in allen diesen Fällen praktisch einer ungerechtfertigten zeitlichen Ausdehnung der Vorvertragsbindung vorzubeugen und gleichzeitig die besonderen Umstände des Einzelfalles zu berücksichtigen.

Es ergibt sich hiernach aus dem Wesen und Zweck des Vorvertrages und aus dem Gesichtspunkt des § 242 BGB eine enge zeitliche Begrenzung des Schuldverhältnisses aus dem Vorvertrage, so daß für die Frage der Verjährung kein Raum bleibt[111]).

---

[109]) Vgl. § 2.

[110]) Vgl. hierüber § 7, S. 66 ff.

[111]) In Fällen einer etwaigen Veränderung der Verhältnisse durch den Zeitablauf hilft der Gesichtspunkt der clausula r. s. st., § 242.

B. Österreichisches Recht.

Das ABGB enthält ähnlich wie das BGB im dritten Hauptstück (Teil III) allgemeine Regeln über die „Aufhebung der Rechte und Verbindlichkeiten", die grundsätzlich auf alle Schuldverträge anwendbar sind (§§ 1411 ff.). § 1412 [112]) spricht zwar von der Erfüllung durch „Zahlung" — die beim Anspruch auf Vertragsschluß nicht in Betracht kommt —, erläutert aber diesen Begriff anschließend als „Leistung dessen, was man zu leisten schuldig ist". Die Vorschrift besagt demnach für den Vorvertrag, daß er durch Vornahme der geschuldeten Leistung, nämlich der Mitwirkung zum Abschluß des Hauptvertrages erlischt, was auch ohnedies selbstverständlich wäre.

Der Vorvertrag wird ebenso hinfällig, wenn die Leistung aus dem künftigen Hauptvertrag (z. B. die Kaufsache) vom Vorvertragsschuldner bereits vor dem Hauptvertragsschluß dem Berechtigten angeboten oder an ihn bewirkt wird, vorausgesetzt, daß der Hauptvertragsschluß bereits fällig ist und die Leistung aus dem Hauptvertrag nach den getroffenen Abmachungen sogleich nach dem Abschluß des Hauptvertrages erfolgen sollte oder ihre Entgegennahme dem Berechtigten schon jetzt zugemutet werden kann. In dem Angebot der Hauptvertragsleistung dürfte meist gleichzeitig die geschuldete Konsenserklärung liegen, es sei denn, daß der Hauptvertrag z. B. einer bestimmten Form bedarf.

Nach dem BGB ist dagegen der Schuldner grundsätzlich berechtigt, auch ohne die obigen Voraussetzungen schon v o r dem vereinbarten Zeitpunkt den Abschluß des Hauptvertrages und ebenso die Leistung aus dem Hauptvertrag dem Gläubiger anzubieten, sofern sich nicht aus dem Vorvertrag oder dem Hauptvertrag etwas anderes ergibt („im Zweifel" vgl. § 271 Abs. 2) [113]).

Hinsichtlich der weiteren Aufhebungsgründe, insbesondere der Hinterlegung (§ 1425) [114]), der Aufrechnung (Kompensation,

---

[112]) § 1412 lautet: „Die Verbindlichkeit wird vorzüglich durch die Zahlung, d. i. durch die Leistung dessen, was man zu leisten schuldig ist, aufgelöst."

[113]) Z. B. wenn der vereinbarte Zeitpunkt des Hauptvertragsschlusses oder der Leistung aus dem Hauptvertrag in erster Linie den Vorteil des Gläubigers bezwecken soll. — Dagegen ist § 271, Abs. 1 BGB (sofortige Erfüllung durch den Schuldner) auf den Vorvertrag nicht anwendbar; vgl. hierzu S. 52.

[114]) § 1425: „Kann eine Schuld aus dem Grunde, weil der Gläubiger unbekannt, abwesend oder mit dem Angebotenen unzufrieden ist oder aus anderen wichtigen Gründen nicht bezahlt werden, so steht dem Schuldner bevor, die abzutragende Sache bei dem Gericht zu hinterlegen oder, wenn sie dazu nicht geeignet ist, die gerichtliche Einleitung zu deren Verwahrung anzusuchen. Jede dieser Handlungen, wenn sie rechtmäßig geschehen und dem Gläubiger bekannt gemacht worden ist, befreit den Schuldner von seiner Verbindlichkeit und wälzt die Gefahr der geleisteten Sache auf den Gläubiger."

§ 1438)[115]), des Verzichts („Entsagung" im Sinne des § 1444)[116]), der Vereinigung von Forderung und Schuld in einer Person, die vom ABGB ausdrücklich erwähnt ist (§ 1445)[117]), des Todes einer Vertragspartei und der nachträglichen Unmöglichkeit stimmt das österreichische Recht mit den hierfür maßgebenden Rechtsgrundsätzen des deutschen Reichsrechts überein. Der Tod einer Vertragspartei beendet nach der ausdrücklichen Bestimmung des § 1448[118]) solche Rechte und Verbindlichkeiten, welche auf die Person beschränkt sind oder bloß persönliche Handlungen des Verstorbenen betreffen. Das Schuldverhältnis aus dem Vorvertrag erlischt hiernach, wenn der geschuldete Hauptvertragsschluß ausschließlich an die Person des Verstorbenen geknüpft war; das trifft insbesondere zu, wenn die aus dem Hauptvertrag geschuldeten Leistungen höchstpersönlicher Natur sind[119]).

Die Befreiung des Vorvertragsschuldners durch Unmöglichkeit tritt gemäß § 1447[120]) ein, wenn zunächst die Erfüllung des Vorvertrages, d. h. der rechtsgültige Abschluß des Hauptvertrages durch Zufall unmöglich wird. Der Vorvertragsschuldner wird aber auch dann frei, wenn die Leistung aus dem künftigen Hauptvertrag (noch

---

[115]) § 1438: „Wenn Forderungen gegenseitig zusammentreffen, die richtig, gleichartig und so beschaffen sind, daß eine Sache, die dem einen als Gläubiger gebührt, von diesem auch als Schuldner dem anderen entrichtet werden kann, so entsteht, insoweit die Forderungen sich gegeneinander ausgleichen, eine gegenseitige Aufhebung der Verbindlichkeiten (Kompensation), welche schon für sich die gegenseitige Zahlung bewirket."

[116]) § 1444: „In allen Fällen, in welchen der Gläubiger berechtigt ist, sich seines Rechtes zu begeben, kann er demselben auch zum Vorteil seines Schuldners entsagen und hierdurch die Verbindlichkeit des Schuldners aufheben."

[117]) § 1445: „So oft auf was immer für eine Art das Recht mit der Verbindlichkeit in einer Person vereiniget wird, erlöschen beide, außer, wenn es dem Gläubiger noch freisteht, eine Absonderung seiner Rechte zu verlangen (§§ 802 und 812), oder wenn Verhältnisse von ganz verschiedener Art eintreten. Daher wird durch die Nachfolge des Schuldners in die Verlassenschaft seines Gläubigers in den Rechten der Erbschaftsgläubiger, der Miterben oder Legatare und durch die Beerbung des Schuldners und Bürgen in den Rechten des Gläubigers nichts geändert."

[118]) § 1448: Durch den Tod erlöschen nur solche Rechte und Verbindlichkeiten, welche auf die Person eingeschränkt sind oder die bloß persönliche Handlungen des Verstorbenen betreffen."

[119]) Zutreffend: Pfaff, S. 351, Krasnopolski III, § 15, Ehrenzweig, § 313 IV;

[120]) § 1447: „Der zufällige gänzliche Untergang einer bestimmten Sache hebt alle Verbindlichkeit, selbst die, den Wert derselben zu vergüten, auf. Dieser Grundsatz gilt auch für diejenigen Fälle, in welchen die Erfüllung der Verbindlichkeit oder die Zahlung einer Schuld durch einen anderen Zufall unmöglich wird. In jedem Falle muß aber der Schuldner das, was er, um die Verbindlichkeit in Erfüllung zu bringen, erhalten hat, zwar gleich einem redlichen Besitzer, jedoch auf solche Art zurückstellen oder vergüten, daß er aus dem Schaden des anderen keinen Gewinn zieht."

vor dessen Abschluß) durch Zufall unmöglich wird (z. B. die Sache wird vernichtet) und somit ein rechtsgültiger Hauptvertrag nach § 878 [121]) nicht geschlossen werden könnte.

Über das Erlöschen durch Zeitablauf [122]) enthält dagegen das ABGB in § 936 eine ausschließlich für den Vorvertrag bestimmte, praktisch bedeutsame Spezialnorm.

Der österreichische Gesetzgeber setzt der Geltendmachung des Anspruchs aus dem Vorvertrag eine zeitliche Grenze. Die rechtliche Bedeutung des letzten Satzes des § 396 ist nicht ganz zweifelsfrei [123]). Die herrschende Lehre betrachtet die vorgeschriebene Jahresfrist mit Recht als gesetzliche Ausschlußfrist [124]). Die Gesetzesmaterialien (Motive II S. 316, Protokolle II S. 452, 563) [125]) sowie die Entstehungsgeschichte dieser Vorschrift [126]) sprechen allerdings eher dafür, daß die Gesetzesverfasser die Jahresfrist für eine Verjährungsfrist gehalten haben. Aus dem Gesetz selbst ergibt sich das jedoch nicht. Vielmehr bedeutet die Ausdrucksweise (insbesondere das Wort „längstens" und die Wendung: „widrigenfalls ist... erloschen") auf eine eigentliche Ausschlußfrist hin. Die herrschende Lehre rechtfertigt sich aus der entscheidenden Erwägung, daß die Anwendung der allgemeinen Vorschriften über die Verjährung, insbesondere über die Hemmung und Unterbrechung (§§ 1494 ff., 1497 ff.) zu einem dem Zweck der Bestimmung des § 936 völlig widersprechenden Ergebnis führen würde. Als Verjährungsfrist würde die Frist aus § 936 allen für eine solche vorgesehenen Verlängerungsgründen unterworfen sein [127]). Das Ergebnis wäre eine völlige Ungewißheit über die Dauer

---

[121]) Wortlaut des § 878, vgl. S. 54.

[122]) Hierüber bestimmt das ABGB ganz allgemein für Schuldverträge in § 1449: „Rechte und Verbindlichkeiten erlöschen, auch durch den Verlauf der Zeit, worauf sie durch einen letzten Willen, Vertrag, richterlichen Ausspruch oder durch das Gesetz beschränkt sind. Auf welche Art sie durch die von dem Gesetze bestimmte Verjährung aufgehoben werden, wird in dem folgenden Hauptstück festgesetzt."

[123]) Vgl. auch Pfaff, S. 340 ff.

[124]) Vgl. insbes. Hasenöhrl II, § 101, Note 31; Krasnopolski III, § 15, S. 75; Ehrenzweig, § 313 IV; Gschnitzer (Klang) zu § 936, Erl. II 4 (jedoch zweifelnd). Für eine Verjährungsfrist dagegen Kirchstetter-Maitisch zu § 936.

[125]) Siehe bei Ofner II, 559, 462, Anm. 4. Die maßgebenden Protokolle zu § 1466 (§ 1487 heutiger Zählung) fehlen.

[126]) Siehe bei Pfaff, S. 339 ff.

[127]) So würde die Frist z. B. bei Ehegatten, Kindern und Pflegebefohlenen, Eltern und Vormündern während der Ehe oder des Bestehens der elterlichen oder vormundschaftlichen Gewalt weder beginnen, noch fortgesetzt werden können (§ 1495). Nach § 1497 würde bereits ein stillschweigendes Anerkenntnis des Schuldners aus dem Vorvertrag den Lauf der Frist unterbrechen.

der Bindung im Gegensatz zu der vom Gesetz erstrebten Klarheit und jederzeit möglichen Feststellbarkeit der zeitlichen Begrenzung [128]).

Die längstens ein Jahr dauernde Frist beginnt mit dem Zeitpunkt, der für den Abschluß des Hauptvertrages vereinbart ist. Da dieser sich aus dem notwendigen Inhalt des Vorvertrages ergeben muß [129]), läßt sich ohne weiteres feststellen, wann die Frist abgelaufen ist.

Das Erlöschen des Vorvertrages setzt voraus, daß auf die Vollziehung der Vertragsabredung während der Frist nicht gedrungen worden ist. Was hierunter zu verstehen ist, sagt das Gesetz nicht. Soll z. B. eine bloße Aufforderung zum Abschluß des Hauptvertrages genügen, um den Vorvertrag aufrecht zu erhalten? [130]) Auf diese Weise könnte der Zustand der Gebundenheit auf ungewisse Zeit beliebig verlängert werden. Dies will aber gerade das Gesetz verhindern. Man wird daher nicht fehlgehen, für den Begriff des „Dringens" im Sinne des Gesetzes eine gerichtliche Geltendmachung des Anspruchs zu fordern; denn nur diese Art des Vorgehens bürgt dafür, daß die Vorvertragsansprüche nicht ewig fortbestehen, sondern bald befriedigt werden, und daß hierüber die erforderliche Klarheit geschaffen wird.

Ist während der einjährigen Frist eine Klage nicht erhoben worden, so erlischt das Schuldverhältnis aus dem Vorvertrag, d. h. es tritt der Zustand wieder ein, der vor der Begründung des Vorvertrages bestanden hat [131]).

Die Regelung des § 936 ABGB gibt dem Richter die Möglichkeit, über die Berechtigung des geltend gemachten Vorvertragsanspruchs rasch und sicher zu entscheiden [132]). Sie entspricht ferner dem Interesse der Parteien an der Klarheit und Übersicht über die Wirksamkeitsdauer der Vorvertragsbindung und ihrem Wunsch nach einer baldigen

---

[128]) Als treffendes Beispiel für die Unhaltbarkeit der Gegenansicht führt Pfaff a. O., Note 1, an: „Hiernach würde, wenn ein Ehepaar am Hochzeitstage einen Vorvertrag geschlossen hätte, die Jahresfrist noch gar nicht einmal zu laufen begonnen haben." — § 1495 lautet: „Auch zwischen Ehegatten, dann zwischen Kindern oder Pflegebefohlenen und ihren Eltern oder Vormündern kann, solange erstere in ehelicher Verbindung, letztere unter elterlicher oder vormundschaftlicher Gewalt stehen, die Ersitzung oder Verjährung weder angefangen noch fortgesetzt werden."

[129]) Vgl. hierzu § 5 B.

[130]) Hierfür: Hasenöhrl II, § 101, Note 31, Nr. 4.

[131]) Der Vorvertrag äußert im Gegensatz zu der lediglich verjährten Forderung keinerlei Rechtswirkungen mehr.

[132]) Die einjährige Frist aus § 936 ist vom Richter von Amts wegen zu beachten; vgl. auch die Entsch. des Ob. Ger. H. vom 20. 10. 1920, S. Z. II/114. Abweichend Gschnitzer (Klang) zu § 936, Erl. II 4.

Befriedigung, sobald der Anspruch auf Abschluß des Hauptvertrages fällig geworden ist; gleichzeitig erfüllt sie rechtspolizeiliche Aufgaben.

Aus diesen Gründen erscheint die kurzfristige zeitliche Beschränkung des fälligen Anspruchs aus dem Vorvertrag, welche der österreichische Gesetzgeber als notwendig anerkannt hat, auch für das deutsche Reichsrecht empfehlenswert; hier wird die Entscheidung der Frage, ob ein längere Zeit nicht geltend gemachter Vorvertragsanspruch noch wirksam ist, auf Grund der Generalnorm des § 242 BGB nicht immer einfach und sicher zu treffen sein; auch eine gesetzliche Klarstellung des Verhältnisses zur Verjährung, die dem Zweck und der Rechtsnatur der Vorvertragsbindung offensichtlich nicht gerecht wird, ist wünschenswert.

Die Gestaltung des ABGB (§ 936) dürfte in diesem Punkt gegenüber dem „normenlosen" Rechtszustand des BGB den Vorzug besitzen und bei einer künftigen reichsgesetzlichen Regelung des Vorvertrages zu berücksichtigen sein.

Verzeichnis

der benutzten wissenschaftlichen Hilfsmittel.

(Gesetzesmaterialien, Erläuterungsbücher, systematische Darstellungen, Abhandlungen, Zeitschriften, Gerichtsentscheidungen)

A. Deutsches Recht.

Die Motive zu dem Entwurf (E. I) eines BGB, 5 Bände, 1888 (zit. Mot).
Die Protokolle der II. Kommission, herausgegeben von Achilles, Gebhard und Spahn, 7 Bände, 1897—1899 (zit. Prot.).
Sammlung der Materialien von Mugdan, die gesamten Materialien zum BGB, 5 Bände, 1899.

Erläuterungsbücher:

Achilles-Greiff, Das bürg. Ges.B., 13. Aufl., 1930.
Baumbach, Kurzkomm. zur ZPO, 14. Aufl., 1938.
Fischer-Henle, Das BGB, neu herausgegeben v. Titze, 14. Aufl. 1932, München.
Komm. d. Beck'schen Verl.: v. Hölder (Allgem. T. 1900), Schollmeyer (Schuldverhältnisse I), Schmidt und Fuchs (Fam.Recht 1907/09).
Kohlenbeck, Das BGB, 2. Aufl., 1904, 3 Bände.
Löwenwärter, Lehrkomm. z. BGB seit 1924 (Bd. I).
Neumann, Handausg. d. BGB, 6. Aufl., 1912 (3 Bd.).
Oertmann, Komm. z. BGB, Allg. T., 3. Aufl., 1927, Schuldverh., 5. Aufl., 1928; Biermann, Sachenr., 3. Aufl., 1914; Fr. Leonhard, Erbrecht, 2. Aufl., 1912.
Planck, Komm. z. BGB, 4. Aufl., seit 1913; Bd. III Sachenr., 5. Aufl., erl. v. Brodmann u. Strecker, 1933. 5. Aufl. im Erscheinen.
Rehbein, Das BGB, seit 1899, Bd. I, Allg. T., Bd. II, Allg. Lehre der Schuldverh., 1901.
Komm. d. Reichsgerichtsräte, (zit. RGRK), 8. Aufl., 1934/35.
Soergel, Das BGB, 4. Aufl., 1929 (2 Bd.).
Staudinger, Komm. z. BGB, 10. Aufl., Bd. I Allg. Teil, Vorb. 20 vor § 145 S. 754 è.
Staudinger-Engelmann, Bd. IV: Familienrecht, Vorb. z. § 1297.
Warneyer, Komm. z. BGB, 2. Aufl., 1930.
— Das BGB, erl. durch die Rechtspr., 6. Aufl., 1933.

Lehr und Handbücher:

Arndts, Lehrb. d. Pandekten, 13. Aufl., bes. v. Pfaff u. Hofmann, 1886.
Beseler, Erbverträge II, Teil 1, Göttingen, 1840.
Biermann, Bürg. Recht, Bd. I, 1908, Sachenrecht, 3. Aufl., 1914.
Brinz, Lehrb. d. Pand., 2. Aufl., 1873—1892.
Cosack und Mitteis, Lehrb. d. bürg. Rechts, 7./8. Aufl., 1924/27.
Crome, System d. dt. bürg. Rechts, 1900—1912, Bd. I: 1900, (5 Bde.) Bd. II: 1902,

Enneccerus-Kipp-Wolff, Lehrb. d. bürg. Rechts, Bd. I, Allg. Teil: Enneccerus-Nipperdey, 13. Bearbeitung, 1931, Marburg; Bd. II Schuldverh.: Enneccerus-Lehmann, 11. Bearbeitung, Marburg 1930.
Eck, Vorträge (herausgegeben v. Leonhard), 2. Aufl., 1903, Berlin.
Endemann, Lehrb. d. bürg. Rechts, Bd. I, 9. Aufl., 1903.
Endemanns Handbuch d. dt. Handels-, See- u. Wechselr., Bd. II, Buch 2, Leipzig 1882.
Förster-Eccius, Pr. Priv.Recht, 7. Aufl., 1896/97.
Gerber, System d. dt. Priv.Rechts, 17. Aufl. v. Cosack, 1895.
Gierke, Dt. Priv.Recht, Bd. I, Allg. T., 1895, Bd. III Schuldr. 1917.
Heck, Grundriß d. Schuldrechts, Tübingen, 1929.
Kipp-Windscheid Lehrb. d. Pand.Rechts, 9. Aufl., 1909.
Koch, Pr. Priv.Recht, 3. Aufl., 1857.
Kohler, Lehrb. d. bürg. Rechts, Bd. I, Berlin, 1906. Ferner: Ges. Abhandl. d. gemeinen u. franz. Ziv. Rechts, 1883.
Kress, Lehrb. d. allg. Schuldrechts, 1929.
Krückmann, Inst. d. BGB, 5. Aufl., 1929.
Landsberg, Das Recht des BGB (ein dogm. Lehrb.), Bd. I, 1904.
Leonhard, Allg. Schuldrecht d. BGB, Bd. I, 1929, bes. Schuldr. Bd. II, 1931.
Matthiaß, Lehrb. d. bürg. Rechts, 6./7. Aufl., Bd. I 1914.
Oertmann, Bayer. Landesprivatrecht, 1903.
Schollmeyer, Das Recht der einzelnen Schuldverh. des BGB, 2. Aufl., 1904.
Simeon David, Lehrb. d. bürg. Rechts, 14./15. Aufl., 1928/29.
Sintenis, Das prakt. gemeine Zivilrecht, 3. Aufl., 1869.
Thöl, Das Handelsrecht, 5. Aufl., 1875.
v. Thur, Allg. Teil d. bürg. Rechts, Bd. II, 1, 1914, in Bindings Syst. Handb. d. dt. Rechtswissensch.; ferner: Allg. T., 3. Aufl., 1928 in Enzyklop. d. Rechts- u. Staatsw.
— Obligationenrecht, Allg. T., 1. Halbbd. Tübingen, 1924.

Abhandlungen:

Affolda: Das verzinsliche Darlehen, in: Arch. bürg. Recht 26/1 ff. Ferner: Bd. 8/1 ff.: Zur Lehre vom Vertrage, hierzu: Kritik von Kohler, Bd. 8, S. 49 ff.
Alzen: Der Vorvertrag in der Rechtsprechung des Reichsgerichts, Köln, 1933 (Diss.).
Attenhofer: Zschr. f. schweiz. Recht. N.F. Bd. 8, Heft 2, S. 335 ff.
Bechmann: Der Kauf nach gemeinem Recht, II, 1. Abt., 1884.
Bergler: Der Vorvertrag, Erlangen, 1923 (Diss.).
Berndt: Verpflichtungsverträge nach dem BGB, Heidelberg, 1911 (Diss.).
Biermann: Rechtszwang zum Kontrahieren, in: Iherings Jahrb. 32/267 ff.
Böhmer: Realverträge im heutigen Eecht, bürg. Arch., 38/314 ff.
Böttcher: Der Vorvertrag nach dem BGB, Leipzig, 1912 (Diss.).
Breit: Die Willenserklärung als Äußerung und Leistungsgegenstand nach dem BGB, Gruch. Beitr. 55/1 ff.
Degenkolb: Der Begriff des Vorvertrages, ferner: Neue Beitr. zur Lehre vom Vorvertrag, Arch. f. ziv. Pr., Bd. 71, S. 1 ff.
Deiter: Der Verpflichtungsvertrag im BGB, Marburg, 1902 (Diss.).
Demelius: Realkontrakte im heutigen Recht. Iherings Jahrb. 3/33 ff.
Eisele: Über Realkontrakte, Zschr. f. schweiz. Recht. N.F. 3/1 ff.
Enter: Der Vorvertrag im heutigen Recht, Würzburg, 1922 (Diss.).
Fischbach: Vorbereitende Rechtsverh. .. bürg. Arch. 41/364 ff.
Fritze: Clausula rebus sic stantibus, Arch. ziv. Pr., 116/157 ff.
Geib: Über Degenkolbs Schriften. Arch. ziv. Pr. 106/17 ff.
Geller: Der Vorvertrag. Erlangen, 1908 (Diss.).

Göppert: Zur Lehre von den pacta de contrahendo, Krit. Viert. Jahresschr., Bd. 14/400 ff.
Greis: Zur Lehre vom Vorvertrag, Rostock, 1913 (Diss.).
Holzschuher: Theorie und Kasuistik des gemeinen Ziv. Rechts. 2. Aufl., Bd. 3, 1864.
Höniger: Zu m Vereinbarungsdarlehen, Arch. ziv. Pr. 33/278.
Daselbst auch: Kohler S. 1 ff.
Kerstjens: Die Vorverträge, Marburg, 1929 (Diss.).
Kipp: Die Verurteilung zur Abgabe von Willenserklärungen und Rechtshandlungen, Berlin, 1892.
Koch: Die Form des Vorvertrages bei formellen Verträgen, Breslau 1919 (Diss.).
Kohler: Über das Konsensualdarlehen, bürg. Arch. 2/33 ff. und 33/1 ff. Ferner: 31/237 ff. (Bezugsverträge).
— Darlehen und Vorvertrag, ges. Abhandl. S. 44 ff., Mannheim, 1883.
Krauss: Der Vorvertrag. Erlangen, 1929 (Diss.).
Krückmann: Clausula rebus sic stantibus, Arch. ziv. Pr., 116/157 ff.
Kuhle: Der Vorvertrag im Licht der Rechtsrechupng, Leipzig, 1922 (Diss.).
Lang: Der Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Königreich Bayern, Krit. Viert. Jahresschr., Bd. 5. S. 166 ff.
Leonhard: Willkür und Willenserklärung. Iherings Jahrb. 39/174 ff.
Lübbert: Der Kreditvertrag, Iherings Jahrb. 52/392.
Meyer: Vertragsvollziehung und Vertragsreproduktion, Arch. ziv. Pr., 87/77 ff.
Nelte: Beiträge zur Lehre von den Vorverträgen unter bes. Berücksichtigung der Vorverträge zu formellen Verträgen. Heidelberg, 1909 (Diss.).
Oertmann: in Ehrenbergs Handb. . ., IV Abt. 2, S. 345 ff (Bezugsverträge).
— Die Geschäftsgrundlage, 1921.
Pohl: Die juristische Natur des Bierlieferungsvertrages. Erlangen, 1904 (Diss.).
Regelsberger: Zivilrechtl. Erörterungen 1, 1868. (Die Vorverhandlungen bei Verträgen); vgl. ferner: i. Endemanns Handb. d. Handelsrechts II S. 417 ff, Leipzig, 1882 und: Iherings Jahrb. 52/410 ff.
Reichel: Vertragsrücktritt wegen veränderter Umstände. Berlin, 1933.
Roth, Hans: Der Vorvertrag, eine zivilist. Studie unter Berücksichtigung des Art. 22 d. schweiz. Obligationenrechts. Bern, 1928. Stänpfli & Cie.
Schapp: Der Vorvertrag zu Konsensualverträgen. Heidelberg, 1909 (Diss.)
Schimmelpfennig: Die Clausula rebus sic stantibus in der Aufwertungsrechtspr. d. Reichsgerichts, Königsberg, 1929 (Diss.).
Schlossmann: Über den Vorvertrag und die rechtliche Natur der sogen. Realverträge, Iherings Jahrb. 45/1 ff.
Scholtze: Gibt es nach dem Recht des BGB Vorverträge? Jena 1916 (Diss.).
Sieber: Die schuldrechtliche Vertragsfreiheit, Iherings Jahrb. 70/248 ff.
Stampe: Aus einem Freirechtslehrbuch, Arch. ziv. Pr. 108/67 ff. (S. 69 Anm. 21).
Stark: Die rechtliche Natur des Verlöbnisses, Erlangen, 1931 (Diss.).
Steinhagen: Die Lehre des Vorvertrages, Breslau, 1926/27 (Diss.).
Stintzing: Die Vorverpflichtung im Gebiet der Schuldverh. Heft I. 1903.
Storch: Der heutige, insbes. Landrechtl. Darlehnsvertrag, Berlin, 1878 (Diss.).
Stutz: Die Rechtsnatur des Verlöbnisses, Tübingen, 1900 (Diss.).
Tobias: Der Vorvertrag nach dem BGB, Rostock, 1916 (Diss.).
Unger: Realkontrakte im heutigen Recht. Iherings Jahrb. 8/1 ff.
Wacup: Der augenblickliche Stand der Lehre von der Voraussetzung, der clausula rebus sic stantibus und der Geschäftsgrundlage. Münster, 1928 (Diss.).
Walsmann: Ein Beitrag zur Lehre von den Willensbedingungen. Iherings Jahrb. 55/299 ff.
Warnecke: Die Lehre vom Vorvertrag. Rostock, 1911 (Diss.).
Weber: Die Grenzen des Vorvertrages, Köln, 1925 (Diss.).
Winkelmann: Die juristische Bedeutung einseitig bindender Abreden. Ein

Beitrag zur Lehre vom Vorvertrag und der Willensbedingung, Breslau, 1926 (Diss.).

Gerichtsentscheidungen:

Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen seit 1880 (RGE).
Die Rechtsprechung der Oberlandesgerichte auf dem Gebiet des Zivilrechts, herausgegeben v. Mugdan u. Falkmann seit 1900 (zit. OLGE).
Seufferts Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte seit 1847 (zit. Seuff. Arch.).
Soergels Rechtsprechung, Jahrb. d. Zivilrechts seit 1901.
Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichts, 1870—1880. zit. ROHGE).
Jahrbuch für Entscheidungen des Kammergerichts, herausg. v. Johow & Ring (zit. KGJ).
Warneyer, Rechtsprechung des Reichsgerichts seit 1908 (zit..Warn.).
— Jahrbuch der Entscheidungen zum BGB, seit 1903.

B. Österreichisches Recht.

Quellen:

Ofner: Der Vorentwurf und die Beratungs-Protokolle des österreichischen Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuchs, Bd. I, II. 1888/89.

Ausgaben und Erläuterungsbücher.

Altmann-Jacob-Weiser: Das österr. Allg. Bürgerl. Recht, 4. Aufl., Wien, 1931.
Kirchstetter: Komm. z. ABGB. 1868. 5. Aufl. v. Maitisch, 1894.
Klang: Komm. z. ABGB, bearb. v.: Adler, Bartsch, Bettelheim, Gschnitzer, Handl, Klang, Lenhoff, Ohmeyer, Pisko, Rappaport, Schell, Schey, Schlesinger, Swoboda, Walker, Weiß, Wolff, herausg. v. Klang, Wien, seit 1929, noch nicht vollständig erschienen.
Mayr: Das Allg. Bürgerl. Gesetzbuch nach dem Stande der Gesetzgebung bis zum 15. Febr. 1931, Reichenberg, 1931.
Nippel: Erläuterung des ABGB für die gesamten deutschen Länder der österr. Monarchie. Bd. IV, 1833.
Pfaff u. Hofmann: Komm. z. ABGB, 1877—1884 (erl. nur: §§ 1—14 und 531—761 ABGB).
Schey: Das ABGB, 22. Aufl., Wien 1930.
Stubenrauch: Komm. z. ABGB, 8. Aufl., neu bearb. v. Schuster, Bonnot u. Schreiber, 1902/03.
Zeiller: Komm. z. ABGB, 1811—1813.
Hermann: (Klein-Schauer) Die Executionsordnung v. 27. Mai 1896, 7. Aufl., 1930, Wien.
— Die Zivilprozeßordnung und die Jurisdiktionsnorm, 9. Aufl., 1934, Wien.
Neumann-Lichtblau: Komm. z. Executionsordnung, Bd. II. 3. Aufl. 1929, Wien.

Lehrbücher und systematische Darstellungen:

Burckhardt: System des österr. Privatrechts, Bd. I—III 1. 1883, 1884, 1889 (unvollständig).
Ehrenzweig: System des österr. allg. Privatrechts, 6. Aufl. des von Pfaff aus dem Nachlaß von Krainz herausgegebenen Systems des öterr. allg.Priv.Rechts
I. Bd. 1. Hälfte, Allg. T., 1925,
I. Bd. 2. Hälfte, Sachenrecht 1923,
II. Bd. 1. Hälfte, Recht der Schuldverh., 7. Aufl., 1928,
II. Bd. 2. Hälfte, Familien- und Erbreét, 1924.

Finger u. Frankel: Grundriß des österr. Rechts:
Abt. 1 Allg. Lehren v. Pfersche, 1907,
Abt. 2 Sachenrecht v. Pfersche, 2. Aufl., 1911,
Abt. 3 Obligationenrecht v. Schuster-Bonnot, 1899,
Abt. 4 Familienrecht v. Anders, 2. Aufl., 1911.
Hasenöhrl: Das österr. Obligationenrecht i. syst. Darstellung (2 Bde.), 2. Aufl., Wien, 1892—99.
Krasnopolski: Lehrb. d. österr. Priv. Rechts, 3 Bde., III: Obligationenrecht, 1910, IV: Familienrecht, 1911.
Mayr: Lehrb. d. österr. bürgerl. Rechts, 1922/23.
Pollack: System des österr. Zivilprozeßrechts mit Einschluß des Exekutionsrechts, 2. Aufl., 1932, Wien.
v. Schey: Obligationsverhältnisse des österr. allg. Priv. Rechts, Bd. I, Heft 1—3, Wien 1890/1907.
Unger: System des österr. allg. Priv. Rechts, Bd. I, II,4. Aufl., 1894 (unvollständig: nur Allg. T. u. Erbrecht).
Tilsch: Allg. Lehren des bürgerl. Rechts, 3. Aufl. v. Swoboda, 1925.
Walker: Österr. Exekutionsrecht, 4. Aufl., 1932, Wien.
Wolff: Grundriß des österr. bürgerl. Rechts, 1923.
Wolff, Karl: Grundriß des österr. Wechselrechts, 1934, Innsbruck.

Abhandlungen und Einzelaufsätze:

Dniestrzanski: Zur Lehre vom Verlöbnis, in: Grünhuts Zschr., Bd. 33, S. 87 ff.
Fulterer: Der Irrtum und die Geschäftsgrundlage bei vermögensrechtlichen Rechtsgeschäften unter Berücksichtigung d. österr., deutschen u. schweiz. Rechts, Innsbruck, 1931.
Klang: Rechtsangleichung im bürgerl. Recht, Jur. Bl., 1932/234 ff.
Dazu: Schöndorf, Arch. ziv. Pr., Bd. 15 N.F. S. 1 ff.
Koczynski: in: Grünhuts Zschr., Bd. 31/599 ff. (Vorvertrag und Punktation).
Geller: Vorvertrag und Punktation, Z. Bl. f. jur. Pr., Bd. I, S. 133 ff., 1883.
Krasnopolski: Verlöbnisbruch, Allg. Österr. Ger.Z., Wien, Jahrg. 1904, Nr. 36, 43.
Lenhoff: Einführung in das einheitl. Wechselrecht, Wien, 1933.
Nobel: in: Jur. Bl. 1924/118.
Pfaff: Die clausula rebus sic stantibus, Stuttgart, 1898, abgedr. i. d. Festschr. f. Unger, S. 221—354.
Pfersche: Der Verpfändungsvertrag, in: Zschr. f. Notariat u. freiw. Gerichtsbarkeit, 1910, Nr. 13.
Schreiber: Das Optionsrecht, Gerichtshalle, 1911, Nr. 37 u. 38.
Steinlechner: Über Besitz und Besitzesschutz des Faustpfandgläubigers nach österr. Recht, Grünhuts Zschr. 26/141 ff. (205).
Swoboda: Die rechtliche Natur des Verlöbnisses, Notariats-Z. 1925, Nr. 83.
— Die Rückforderung der Brautgeschenke, Z. Bl. jur. Pr., 1927/240 ff.
Wagner-Löffler: in: Ger. Z., 1926/40—46.

Zeitschriften:

Allgemeine Juristenzeitung, 1879—1896.
Allgemeine Österreichische Gerichtszeitung seit 1850 (zit. AGZ).
Gerichtshalle, Zschr. f. Rechtspflege u. Volkswirtschaft seit 1857.
Grünhuts Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht der Gegenwart, 1874—1916 (zit. Grünhuts-Z.).
Juristische Blätter seit 1872 (zit. Jur. Bl.).
Österreichische Richterzeitung seit 1914 (früher: Mitteilungen der Vereinigung der österreichischen Richter, 1904—1907) (zit. Richter Z.).

Notariats-Zeitung (früher: Zeitschrift für Notariat- und freiwillige Gerichtsbarkeit) seit 1852 (zit. Not.Z.).

Das Recht, Volkstümliche Zeitschrift für österreichisches Rechtsleben, 1902—1914.

Zentralblatt für die juristische Praxis, begr. v. Geller, 1883, seit 1925 herausg. v. Handl u. Petschek (zit. Z.Bl.).

Sammlungen gerichtlicher Entscheidungen:

Amtliche Sammlung von Entscheidungen des Obersten Gerichtshofes in Zivilsachen, veröffentl. v. d. Redaktion der Gerichtszeitung, 1879—1900 (zit. Nowak).

Entscheidungen des Obersten Gerichtshofs in Zivil- und Justizverwaltungssachen, veröffentl. v. diesem Ger. Hof: 1901—1920 (zit. OG). Seit 1922: Entsch. d. Oberst. Ger. H. in Zivil- u. Justizverwaltungssachen, veröffentl. von seinen Mitgliedern (zit. S.Z.).

Sammlung von zivilrechtlichen Entscheidungen des Obersten Gerichtshofs, begr. 1859 durch Glaser und Unger (1859—1919), enthaltend Entsch. aus den Jahren 1853—1915. Seit 1898 beginnt eine neue Folge. (zit. Gl.U. oder Slg.; bei neuer Folge: Gl.U. N.F. oder Slg. mit Angabe der römischen Zahl des Bandes, z. B. Slg. I, II usw.)

Geller u. Jolles: Die Praxis des Obersten Gerichtshofes seit 1901.

Jahrbuch Höchstrichterlicher Entscheidungen, bearb. v. Bartsch, Pollack und Warhanek, 1929—1935, Bd. I—VII.

Spruchrepertorium des Obersten Gerichtshofes (zit. Spr. Rep.).

Lebenslauf.

Ich wurde am 6. Juni 1909 in Tilsit geboren. Nach dem Besuch des Kaiser-Friedrich-Gymnasiums zu Bromberg und des Realgymnasiums zu Crossen (Oder) bestand ich dort die Reifeprüfung.

Die folgenden Jahre verbrachte ich als Student der Rechts- und Staatswissenschaften an den Universitäten Greifswald, München, Berlin und Breslau. Hier legte ich im Jahre 1931 die erste juristische Staatsprüfung ab.

Den Vorbereitungsdienst als Gerichtsreferendar leistete ich in Crossen (Oder), Guben, Sorau und beim Kammergericht in Berlin ab. Während der Verwaltungsstation arbeitete ich sechs Monate bei dem Landrat in Guben in der staatlichen und kommunalen Verwaltung.

Im April 1936 bestand ich das Assessorexamen in Berlin.

In der Folgezeit war ich zunächst als Anwalts- und Notarvertreter tätig. Sodann arbeitete ich ein halbes Jahr praktisch auf dem Gebiet des Arbeits- und Sozialrechts bei der Deutschen Arbeitsfront, Gauwaltung Kurmark, in der Rechtsberatungsstelle Frankfurt (Oder) und zuletzt als Leiter der Rechtsberatungsstelle in Schwiebus. Im Anschluß hieran wurde ich vom Reichsjustizminister in den anwaltlichen Probedienst übernommen. Im November 1937 wurde ich zum Anwaltsassessor ernannt. Ich leistete den Anwärterdienst bis Ende November 1938 ab. Seit dem 1. Dezember 1938 bin ich in der Stadtverwaltung Frankfurt a. M. tätig.

Die mündliche Doktorprüfung habe ich am 1. Juli 1938 in Breslau bestanden.

Gerd Metzdorf.